ITALY

30 29

PRINCIPII

DI

DIRITTO CIVILE

PRINCIPII

DI

DIRITTO CIVILE

PER

F. LAURENT

Professore dell'Università di Gand

PRIMA TRADUZIONE ITALIANA

SECONDA EDIZIONE DILIGENTEMENTE RIVEDUTA E MIGLIORATA

CON RAFFRONTI ED APPENDICI

CONCERNENTI LA LEGISLAZIONE E LA GIURISPRUDENZA ITALIANA

VOLUME XXX

MILANO

SOCIETÀ EDITRICE LIBRARIA

Via Kramer, 4 - Gall. De Cristoforis, 54

1902

INDICE DELLE MATERIE

TITOLO XIX

(Titolo XVIII del codice civile).

Dei privilegi e delle ipoteche

(*Continuazione*).

CAPO II. — **Dei privilegi** (*continuazione*).

SEZIONE I. — *Dei privilegi sugli immobili.*

N. 3. — *Su che cosa verte il privilegio.*

§ II. — *Privilegio del permutante.*

§ III. — *Privilegio del donante.*

§ IV. — *Privilegio dei comunisti.*

§ V. — *Privilegio dell'architetto.*

Art. 2. — *Del grado fra privilegi immobiliari.*

Art. 3. — *Come si conservano i privilegi immobiliari.*

§ I. — *Nozioni generali.*

§ II. — *Dei privilegi che si conservano mediante la trascrizione.*

§ III. — *Scopo ed effetto della trascrizione come mezzo di conservare i privilegi.*

§ IV. — *Applicazione del principio ai privilegi che sorgono da un atto traslativo di proprietà.*

§ V. — *Applicazione del principio ai privilegi che sorgono dalla divisione.*

N. 1. — *Della conservazione del privilegio quando la divisione è trascritta.*

N. 2. — *Del privilegio dei compartecipanti quando la divisione non è trascritta.*

§ VI. — *Dell'iscrizione d'ufficio.*

§ VII. — *Del privilegio dell'architetto.*

N. 1. — *Condizioni richieste per la conservazione del privilegio.*

§ IV. — *Del diritto dei terzi quando il creditore agisce per risoluzione.*

Art. 5. — *Appendice. Dei privilegi stabiliti da leggi speciali.*

§ I. — *Dei privilegi del pubblico erario.*

§ II. — *Dei privilegi commerciali.*

§ III. — *Privilegio sulla cauzione dei pubblici funzionari.*

§ IV. — *Privilegi resultanti da lavori pubblici.*

CAPO III. — **Delle ipoteche.**

SEZIONE I. — *Introduzione storica.*

Sezione II. — *Nozioni generali.*

§ I. — *Definizione e carattere.*

N. 1. — *L'ipoteca è un diritto reale immobiliare.*

N. 2. — *Dell' indivisibilità dell'ipoteca.*

I. — *Principii generali.*

II — *Concorso di un' ipoteca generale con un' ipoteca speciale.*

§ II. — *Divisione delle ipoteche.*

§ III. — *Quali beni possono essere ipotecati.*

ART. 1. — *Gli immobili.*

N. 1. — *Degli immobili per natura.*

N. 2. — *Degli immobili per destinazione.*

N. 3. — *Dei miglioramenti.*

ART. 2. — *I diritti reali immobiliari.*

§ IV. — *Effetti dell'ipoteca sui diritti del proprietario.*

N. 1. — *Principio.*

N. 2. — *Degli atti di disposizione.*

N. 3. — *Degli atti di godimento.*

§ II. — *Dei crediti garentiti dall'ipoteca.*

§ III. — *Dei beni gravati dall'ipoteca. Specializzazione.*

N. 1. — *Da chi e quando l'ipoteca legale è specializzata?*

N. 2. — *Della deliberazione del consiglio di famiglia.*

N. 3. — *Specializzazione dell'ipoteca legale.*

N. 4. — *Dell'iscrizione.*

N. 5. — *Delle deliberazioni che il consiglio di famiglia può prendere in ciò che concerne l'ipoteca legale del minore.*

§ IV. — *Dello stato della tutela e della sorveglianza dell'autorità giudiziaria.*

N. 1. — *Dello stato della tutela.*

N. 2. — *Delle convenzioni matrimoniali.*

N. 3. — *Delle riprese.*

N. 4. — *Dei diritti nati durante il matrimonio.*

N. 5. — *Delle spese.*

§ II. — *Dei beni gravati dell'ipoteca legale.*

§ III. — *Specializzazione dell'ipoteca della moglie.*

N. 1. — *Oggetto ed effetto della specializzazione.*

N. 2. — *Come si fa la specializzazione?*

I. — *Della specializzazione che si fa per contratto di matrimonio.*

II. — *Della specializzazione che si fa durante il matrimonio.*

N. 1. — *Dell'iscrizione.*

N. 2. — *Della riduzione dell'iscrizione.*

§ IV. — *Della prova dei diritti garentiti dall'ipoteca.*

Art. 4. — *Ipoteca legale dello Stato, delle provincie, dei comuni e degli stabilimenti pubblici.*

Sezione III. — *Delle ipoteche convenzionali.*

§ I. — *Definizione.*

§ II. — *Solennità.*

§ III. — *Conseguenze della solennità dell'ipoteca.*

§ IV. — *Applicazione del principio.*

§ V. — *Della promessa d'ipoteca.*

§ VI. — *Dei contratti d'ipoteca stipulati all'estero.*

§ VII. — *Chi può consentire un'ipoteca.*

N. 1. — *Bisogna essere proprietario.*

I. — *Dell'ipoteca della cosa altrui.*

II. — *Dell'ipoteca consentita da un proprietario il cui diritto è condizionale o rescindibile.*

III. — *Dell'ipoteca consentita dagli amministratori.*

N. 2. — *Bisogna avere la capacità di alienare.*

§ VIII. — *Della specialità delle ipoteche convenzionali.*

N. 1. — *Principio.*

N. 2. — *Della specialità relativamente ai beni.*

II. — *Dell'ipoteca consentita per l'apertura di un credito.*

§ IX. — *Modalità dell' ipoteca.*

SEZIONE IV. — *Dell' ipoteca testamentaria.*

SEZIONE V. — *Del grado fra le ipoteche.*

TITOLO XIX.

(Titolo XVIII del codice civile).

Dei privilegi e delle ipoteche

(continuazione)

CAPO II.

Dei privilegi (*continuazione*).

SEZIONE IV. — Dei privilegi sugli immobili.

1. La legge contiene due sezioni sui privilegi immobiliari. Nella prima (sezione III del capo II) essa enumera i privilegi e determina le condizioni richieste per la loro esistenza, nella seconda (sezione IV del capo II), dice come si conservano i privilegi. Ne consegue che in materia di privilegi immobiliari, si deve fare una distinzione che non si fa per i privilegi mobiliari. La legge non assoggetta i privilegi mobiliari alle formalità d'una inscrizione, e in questo senso essi non devono essere conservati. La legge li stabilisce sotto le condizioni ch'essa determina, e dal momento che esistono, sono efficaci e producono gli effetti che vi sono inerenti. Non è così dei privilegi immobiliari. La legge esige certe condizioni anche per la loro esistenza, ma non basta che queste condizioni siano adempite perchè i privilegi immobiliari possano essere esercitati, bisogna inoltre che siano conservati, vale a dire resi pubblici. Senza la pubblicità, i privilegi immobiliari restano inefficaci. Per contrario, la pubblicità non si concepisce che quando il privilegio riunisce le condizioni prescritte per la sua esistenza. Non si può conservare un diritto che non esiste. Così il creditore che reclama un privilegio sopra un immobile deve provare innanzi tutto che sono state adempite le condizioni richieste dalla legge per la sua esistenza, poi deve dimostrare che il privilegio è stato conservato mediante l'inscrizione o la trascrizione.

Art. 1. — Dei privilegi sugli immobili e delle condizioni richieste per la loro esistenza.

§ I. — *Privilegio del venditore.*

2. Il venditore d'un immobile ha diritti analoghi a quelli del venditore d'una cosa mobiliare. Se il compratore non paga il prezzo, il venditore può chiedere la risoluzione della vendita. Egli può anche domandarne l'esecuzione esigendo il prezzo, e per la garanzia del pagamento la legge gli accorda un privilegio. La ragione del privilegio è la stessa tanto per le vendite immobiliari quanto per le vendite mobiliari. Il venditore mercè l'alienazione arricchisce il patrimonio del debitore comune, e sarebbe ingiusto che gli altri creditori avessero un pegno sulla cosa senza essere tenuti a pagare il prezzo. Rimandiamo a quanto si è detto intorno ai privilegi mobiliari (v. XXIX, n. 472).

Se i diritti del venditore d'un immobile sono gli stessi che quelli del venditore d'un mobile, grande è la differenza per quanto riguarda l'estensione di questi diritti. I mobili non sono soggetti ad evizione. Il privilegio del venditore d'una cosa mobiliare svanisce quando il debitore cessa di possedere la cosa comperata. Così pure il venditore non può esercitare il diritto di risoluzione contro i terzi. Avviene tutto all'opposto dei privilegi immobiliari. Essi attribuiscono il diritto di evizione, perchè implicano un'ipoteca. I privilegi sugli immobili sono ipoteche privilegiate. Ecco perchè, come diremo più avanti, il creditore privilegiato conserva un'ipoteca quando è decaduto dal privilegio, nei casi previsti dalla legge. Se il venditore, invece d'esercitare il suo privilegio, chiede la risoluzione della vendita, la sua azione reagisce anche contro i terzi. Si applica, in questo caso, il principio che la risoluzione dei diritti del proprietario importa la risoluzione di tutti i diritti da lui concessi. L'effetto che la risoluzione ed il privilegio producono contro i terzi ha dato luogo ad una grave difficoltà. Il venditore conserva il diritto di risoluzione quando ha perduto il privilegio? Il codice civile decideva la questione a vantaggio del venditore, ma con grave danno del terzi, e l'interesse dei terzi si confonde coll'interesse generale. La legge belga ha derogato, in questo punto, al codice Napoleone. Essa ha tutelato l'interesse dei terzi senza sacrificare i diritti del venditore.

Vi è un'altra differenza fra la vendita degli immobili e quella dei mobili, per quanto riguarda i diritti del creditore. Il venditore d'una cosa mobiliare, ha il diritto di rivendicazione, il venditore d'un immobile non l'ha. Quanto abbiamo detto spiega questa differenza. Chi vende un mobile perde il suo privilegio e il suo diritto di risoluzione, quando il compratore rivende la

cosa. La legge ha dunque dovuto dargli il diritto di sequestrare la cosa venduta, per impedire al compratore di rivenderla. Chi vende un immobile non corre alcun pericolo quando il compratore rivende, perchè egli ha il diritto di evizione in forza del suo privilegio, e la risoluzione, se la chiede, reagisce contro i terzi.

Tratteremo anzitutto dei privilegi e della loro conservazione. Poi spiegheremo il sistema della legge belga concernente il diritto di risoluzione nei suoi rapporti col privilegio. Questa quistione non interessa soltanto il venditore, ma si presenta per tutti i creditori privilegiati che godono d'un diritto di risoluzione o di revocazione. Tali sono il compermutante ed il donante.

N. 1. — Prima condizione richiesta per il privilegio del venditore.

3. L'art. 27 dispone: « I creditori privilegiati sugli immobili sono: 1.° il venditore sull'immobile venduto, per il pagamento del prezzo ». Come si vede, la legge, al pari del codice civile, enumera i *creditori* che godono d'un privilegio, mentre parlando dei privilegi mobiliari la legge enumera i *crediti* ai quali accorda una preferenza sui crediti chirografarii. Quest'ultima redazione (art. 19 e 20) è più corretta, perchè il privilegio è accordato non ai creditori, ma al credito. Non è il venditore che è privilegiato, sibbene il prezzo di vendita. Perchè vi sia privilegio, bisogna dunque, ciò che è sottinteso, che vi sia vendita. Quando vi ha vendita? Su questo punto, rimandiamo al titolo che è la sede della materia. L'acquirente con patto di riscatto, quando il riscatto è esercitato, non gode del privilegio, perchè non si fa una rivendita quando il venditore usa del patto di riscatto. È la prima vendita che resta risolta. Quello che il compratore ha pagato gli vien restituito, ma questa restituzione non è il prezzo della cosa che l'acquirente riceve. In conseguenza della risoluzione la vendita è considerata come non mai esistita. Il venditore ha dunque ricevuto il prezzo senza causa. Ecco perchè deve restituirlo (1). La legge dà al compratore una garanzia, il diritto di ritenzione (art. 1673), ma questo diritto non importa alcuna preferenza a riguardo degli altri creditori. Secondo la nostra opinione, egli non può opporlo loro. È soltanto un mezzo di costringere il debitore ad adempiere le sue obbligazioni (2).

La Corte di cassazione ha applicato questo principio in un caso in cui l'acquirente con patto di riscatto aveva surrogato il mutuante dei denari che avevano servito a rimborsarlo del privilegio del venditore. Era surrogarlo in un diritto che l'acquirente non aveva. La Corte suprema dice benissimo che

(1) DURANTON, t. XIX, p. 210, n. 157. AUBRY e RAU, t. III, p. 169, nota 15, § 265, e gli autori che citano.
(2) Vedi il vol. XXIX dei miei *Principii*, n. 323.

l'acquirente con patto di riscatto non ha altro diritto sulla cosa che la ritenzione del possesso finchè non venga rimborsato del prezzo di vendita, delle spese, delle tasse legali e delle migliorie. Egli non può trasmettere a colui che presta i denari pel riscatto dell'immobile che detiene maggiori diritti di quelli che abbia egli stesso. E se abbandona la detenzione, non gli resta che un credito chirografario contro il venditore (1).

4. Il codice civile, dopo aver accordato un privilegio al venditore, soggiunge, al n. 2 dell'art. 2103: « Coloro che hanno somministrato i denari per l'acquisto d'un immobile (sono privilegiati), purchè sia autenticamente constatato, mediante l'atto di mutuo, che la somma era destinata a quest'uso, e, colla quitanza del venditore, che il pagamento è stato fatto coi denari presi a prestito ». Questo privilegio non è menzionato dalla nuova legge. La disposizione del codice era inutile. Infatti la surrogazione trasmette tutti i diritti del creditore a colui che è surrogato, sia la surrogazione legale o convenzionale (art. 1250). L'art. 2103 non faceva dunque che ripetere quello che aveva detto l'art. 1250 (2). La surrogazione, quale era stata organizzata dal codice, presentava una lacuna che il legislatore belga ha colmato. Il surrogato poteva esercitare i diritti del creditore senza adempiere alcuna formalità di pubblicità. La nostra legge ipotecaria vuole che la surrogazione sia resa pubblica. Rimandiamo a quanto si è detto sulle disposizioni preliminari (articolo 5).

5. La legge non esige alcuna condizione di forma per l'esistenza del privilegio. Si può dunque dire che il privilegio del venditore esiste per ciò solo che vi ha vendita. Ma è un principio teorico. Non basta che un privilegio esista, bisogna anche che sia conservato. Ora, come si conserva il privilegio del venditore? Di regola colla trascrizione dell'atto di vendita (art. 30), e quest'atto non è ammesso alla trascrizione se non sia autentico (art. 2). Dunque, se il venditore vuol approfittare del beneficio della legge che subordina la conservazione del privilegio alla trascrizione, deve far stendere atto della vendita avanti notaio, e trascrivere questo atto. È vero che il venditore conserva il suo privilegio anche coll'inscrizione, e che l'inscrizione si fa su semplici note, ma la legge vuole che il creditore il quale chiede l'inscrizione presenti al conservatore una copia autentica dell'atto che dà vita al privilegio, il che ci riconduce alla necessità d'un atto autentico. E soltanto nel caso che il conservatore delle ipoteche non esigesse la copia autentica richiesta nel suo interesse che il venditore potrebbe acquistare un privilegio

(1) Rigetto, 26 aprile 1827 (DALLOZ, v. *Privilèges*, n. 480).

(2) MARTOU, t. II, p. 196, n. 547. CLOES, t. I, p. 371, n. 644. DELEBECQUE, pagina 137, n. 161.

senza atto notarile. Ma tutte queste ipotesi sono puramente teoriche. Nella realtà delle cose, il privilegio si conserva colla trascrizione, e quindi occorre un atto autentico.

N. 2. — Seconda condizione.

6. Il venditore ha un privilegio pel pagamento del prezzo. Bisogna dunque che il prezzo resti dovuto, in tutto o in parte. Finchè il prezzo non è pagato integralmente, il privilegio si conserva, perchè la causa del privilegio esiste. Il privilegio è indivisibile al pari dell'ipoteca, poichè il privilegio è un'ipoteca privilegiata. Conseguentemente il pagamento parziale del prezzo non impedisce che il privilegio sussista per la totalità (art. 30). In teoria, il privilegio esiste per ciò solo che il prezzo non è pagato. Occorre forse che l'atto di vendita constati che resta dovuto il prezzo? È una questione analoga a quella che abbiamo discusso (n. 5). La legge non esige nè atto nè menzione che il prezzo non sia pagato. Ciò decide la questione in teoria, ma, in fatto, il privilegio del venditore si conserva colla trascrizione, e a termini dell'art. 26, la trascrizione dell'atto di vendita non conserva il privilegio se non quando l'atto constati che resta dovuta la totalità o parte del prezzo. Se dunque il venditore vuol conservare il suo privilegio colla trascrizione, bisogna che dichiari nell'atto che gli è dovuto il prezzo, in tutto o in parte (1).

7. Che cosa s'intende per prezzo? Il prezzo è la prestazione che il contratto impone al compratore, e che, secondo la dottrina tradizionale, deve consistere in una somma di denaro, sia in capitale sia in rendita. Sulla questione di principio rimandiamo a quanto si è detto al titolo della *Vendita* (vol. XXIV, nn. 68-69).

'E stato giudicato, in applicazione di questi principii, che la cessione dell'usufrutto di beni immobili mediante una rendita vitalizia dà al venditore un privilegio sull'usufrutto dei beni venduti (2). Infatti, vi ha vendita d'un immobile, poichè l'usufrutto che grava immobili è un diritto immobiliare, e la legge non distingue fra la piena proprietà dell'immobile e lo smembramento della proprietà.

La rendita vitalizia, per sua natura, è un prezzo che resta dovuto per tutta la vita del venditore. Dunque le condizioni richieste per l'esistenza del privilegio erano nel caso concreto adempiute.

8. Avviene ben di sovente che il prezzo reale non sia indicato nel contratto. Le parti stendono, in questo caso, una controdi-

---

(1) MARTOU, *Commentario*, t. II, p. 198, n. 550.
(2) Grenoble, 16 agosto 1823 (DALLOZ, v. *Privilèges*, n. 417, 1.°).

chiarazione che ristabilisce la verità alterata nell'atto pubblico, allo scopo di frodare il fisco. Il venditore non può esercitare il suo privilegio che per il prezzo portato nell'atto palese. Quando il privilegio viene conservato colla trascrizione, la cosa è evidente, perchè la trascrizione non conserva il privilegio del venditore che per il credito che vi è menzionato. Sarebbe lo stesso se il venditore facesse inscrivere il suo privilegio, perchè egli non può chiedere inscrizione che per il prezzo portato nel contratto. Ora, solo l'atto pubblico ha effetto a riguardo dei terzi, la controdichiarazione non può essere loro opposta, e quindi non può generar privilegio (1).

9. Nel prezzo che è garantito da un privilegio si devono comprendere i pesi che il contratto impone al compratore? L'affermativa è certa, poichè per prezzo s'intendono tutte le prestazioni alle quali il compratore è tenuto a vantaggio del venditore. Nella discussione della legge ipotecaria, un membro della camera dei rappresentanti aveva proposto di dichiarare nella legge che i pesi erano privilegiati. La proposta non è stata ammessa, perchè inutile. Basta che la legge dica che il prezzo è privilegiato. Quanto al punto di sapere che cosa si deve intendere per prezzo, e se i pesi vi sono compresi, è di spettanza della dottrina. Ora, gli interpreti non hanno mai esitato ad insegnare che i pesi fanno parte del prezzo e, la giurisprudenza è conforme (2).

10. La sola questione sulla quale vi sia stato qualche dissenso riguarda i diritti del terzo a vantaggio del quale il peso è stabilito. Al titolo delle *Obbligazioni* abbiamo detto in qual senso e sotto quali condizioni è valida la stipulazione per un terzo. Supponiamo che il terzo nell'interesse del quale il venditore ha imposto un peso al compratore abbia accettato l'offerta. Egli ha dunque un diritto contro il compratore. Ha egli pure il privilegio inerente al prezzo? Vi è un lieve motivo di dubitare. Si può dire che il peso fa parte del prezzo, e che, essendo il privilegio destinato al credito, colui che ha diritto al credito deve aver diritto anche al privilegio. È vero che è il credito del prezzo che gode del privilegio, e non il venditore, ma almeno occorre che il credito formi un prezzo per colui che lo esercita. Ora, per il terzo, il peso non è un prezzo. Egli non ha venduto, egli non ha dunque diritto ad un prezzo di vendita; il suo credito si forma mercè una convenzione accessoria alla vendita, ma che ne è distinta. Ora, ove non vi ha prezzo non può essere questione del privilegio del venditore (3).

Vi è un'altra difficoltà. Il terzo è creditore del venditore per

---

(1) PONT, t. I, p. 180, n. 190.

(2) Ci limitiamo a citare una sentenza di Bruxelles del 3 giugno 1817 (*Pasicrisie*, 1817, p. 412).

(3) Bruxelles, 14 giugno 1817 (*Pasicrisie*, 1817, p. 292).

l'offerta che questi gli ha fatto e ch'egli ha accettata. Come creditore del venditore, egli può esercitare i diritti che spettano al suo debitore, e quindi anche il privilegio che il venditore ha contro il compratore per il pagamento del peso. È il diritto comune stabilito dall'art. 1166 (1). Dovrà dirsi per questo che il diritto indiretto che il terzo esercita in nome del venditore contro il compratore equivalga al privilegio, s'egli potesse esercitarlo in suo nome personale? No, certo, perchè il beneficio dell'azione che il terzo intenta in forza dell'art. 1166 non gli giova esclusivamente, esso giova a tutti i creditori del venditore, di modo che in definitiva, se il venditore è insolvibile, il terzo verrà per contributo sulle somme che il compratore deve pagare al venditore.

11. Le spese e tasse legali del contratto, i diritti di registrazione e di trascrizione sono compresi nel prezzo di vendita, e, per conseguenza, ha il venditore un privilegio se è lui che paga queste spese e questi diritti? La questione è molto controversa; gli autori sono divisi al pari delle Corti. A nostro avviso, le spese, quali esse siano, non sono privilegiate. Esse non lo sono, per la ragione decisiva che la legge non accorda un privilegio, per questo titolo, al venditore. Ora, i privilegi sono di stretto diritto, essi non esistono senza testo, il che tronca la difficoltà (2).

Si fanno a ciò molte obbiezioni, e serie. Gli interessi, si dice, sono privilegiati, eppure l'art. 2103 (legge ip., art. 27) non ne parla. Rispondiamo che gli interessi costituiscono un accessorio del credito. La legge non aveva bisogno di menzionarli separatamente, poichè sono compresi nel termine generale di prezzo. Sono una parte accessoria della prestazione stipulata dal venditore o stabilita dalla legge. Ciò è anche in armonia coi principii. Il compratore gode della cosa, e quindi il venditore deve godere del prezzo. Il venditore mette il godimento dell'immobile nel patrimonio del compratore a condizione che, alla sua volta, egli riscuota gli interessi del prezzo. Sarebbe ingiusto che i creditori approfittassero dei frutti senza tener conto degli interessi. Si può dire altrettanto delle spese e tasse legali? Il prezzo consiste nelle prestazioni dovute al venditore in ogni vendita, prestazioni senza le quali egli non avrebbe venduto. Ma il compratore versa le spese e le tasse legali nelle mani del venditore? Egli le paga al notaio, al ricevitore del registro, al conservatore delle ipoteche. Ne approfittano il fisco ed i pubblici ufficiali, il venditore non ne trae alcun vantaggio. Ora, si può considerare

---

(1) Martou, *Commentario*, t. II, p. 198, n. 549. Cfr. la discussione che ha avuto luogo alla Camera dei rappresentanti, analizzata in Cloes, t. I, p. 385, n. 666.

(2) Duranton, t. XIX, p. 215, n. 162. Nello stesso senso, Persil e Martou, e qualche sentenza (Dalloz, v. *Privilèges*, n. 425). In senso contrario, Aubry e Rau (t. III, p. 167, e nota 5, § 263), e gli autori che citano.

come prezzo ciò che non è pagato al venditore e ciò che di regola egli non sborsa? Soltanto i crediti nascenti dalla vendita sono privilegiati. Ora, le spese ed i diritti fiscali non sono certo un credito nascente dalla vendita a vantaggio del venditore: sono invece un peso che incombe al compratore ed è il compratore che deve sopportarlo. Quando li paga il venditore, paga ciò che doveva il compratore. È quanto dire ch'egli fa un'anticipazione per conto del compratore: egli amministra il suo affare, egli ha un'azione di gestione di negozii, azione puramente personale, e che non ha nulla di comune col prezzo nè col privilegio che la legge accorda al prezzo.

12. La Corte di cassazione si è pronunciata in favore dell'opinione che noi combattiamo con due sentenze, delle quali la prima è stata pronunciata in seguito a deliberazione in camera di consiglio (1). Ciò prova che la questione presenta qualche difficoltà. Dobbiamo dunque far conoscere i motivi che hanno deciso la Corte suprema ed i dubbi ch'essi ci lasciano. « Le spese e le tasse legali, si dice, sono, veramente, a carico del compratore, ma il venditore non ne è meno responsabile verso il notaio che ha ricevuto l'atto. Se, in conseguenza di questa responsabilità, il venditore è stato obbligato a farne l'anticipazione, queste spese e tasse legali diventano un accessorio obbligato del prezzo di vendita, perchè si ritiene che le parti le abbiano prese in considerazione per determinare l'importo di questo prezzo ». Quale laboriosa argomentazione per dimostrare che le spese ed i diritti sono un accessorio del prezzo! E che cosa si prova? Che le parti hanno tenuto conto delle spese nello stabilire il prezzo. Ciò è evidente, ma prova soltanto che colui il quale vende non ricava mai il valore intiero della sua cosa, che bisogna sempre dedurne le spese. Ma che cosa ha questo di comune colla questione di sapere se le spese sono un accessorio come gli interessi, e profittano al venditore come gli profittano gli interessi? Ora, il privilegio non è accordato che per il prezzo e gli accessorii, i quali, come gli interessi, sono pagati, al pari del prezzo, nelle mani del venditore. Che cosa sono questi accessori che a volte son tali, a volte no? Si dirà, fondandosi sulla sentenza della Corte di cassazione, che l'immobile entra per tutto il suo valore, per il prezzo e per le spese, nel patrimonio del debitore, che è dunque giusto che gli altri creditori sopportino tanto le spese quanto il prezzo. L'obbiezione si ritorce contro coloro che la fanno. No, i creditori non approfittano di tutto il valore dell'immobile, perchè essi dovranno realizzarlo e, per conseguenza, sopportare spese e tasse. Che importa dunque che il compratore paghi un prezzo meno elevato per spese che stanno a suo carico? In ogni modo nè il venditore nè gli altri creditori approfittano di queste spese. Non vi ha dunque causa

---

(1) Cassazione, 1.° aprile e 1.° dicembre 1863 (DALLOZ, 1863, 1, 184 e 450).

di privilegio, e dove non vi ha causa di prelazione non potrebbe esservi credito privilegiato.

La Corte suprema pretende che il diritto del venditore d'essere rimborsato delle spese e delle tasse legali deriva, come il prezzo medesimo, dal contratto di vendita, e che il prezzo sarebbe diminuito d'altrettanto s'egli non potesse ottenerne il rimborso. Non è vero. Se il venditore può chiedere il rimborso delle spese e tasse legali, è perchè ha pagato il debito del compratore. Ora, il contratto di vendita non l'obbliga a pagare questo debito, e quando ve l'obbligasse in forza d'una clausola espressa, non ne risulterebbe che le spese facciano parte del prezzo, perchè queste spese non giovano al venditore. Se le paga, non ha che un'azione di ripetizione delle sue anticipazioni, azione personale che la legge non privilegia, poichè per la sua qualità essa non merita maggior favore di qualsivoglia altra azione di ripetizione, non giovando nè al venditore nè alla massa.

Il venditore non ha che un mezzo d'assicurarsi una garanzia pel rimborso delle spese che si trova nel caso d'anticipare, ed è di aggiungere al prezzo l'importo di queste spese e di incaricarsi del pagamento. È anche il solo modo di tutelare l'interesse dei terzi, che l'opinione contraria dimentica. La legge vuole che i terzi conoscano l'importo esatto del credito privilegiato. Ecco perchè limita gli interessi che hanno diritto allo stesso grado del capitale. Il codice lo diceva per le ipoteche, la legge ipotecaria lo dice anche per i privilegi (art. 87, codice civile, art. 2151). Come sapranno i terzi se il venditore ha un privilegio per le spese e tasse legali? È l'inscrizione che dovrebbe informarneli. Ora, l'inscrizione non menziona le spese e le tasse legali. La legge non lo esige, e il conservatore non potrebbe nemmeno aggiungere questa menzione, perchè il contratto di vendita non gli apprende che il venditore ha pagato le spese. Vi sarebbe dunque un privilegio la cui esistenza e il cui importo non sarebbero conosciuti dai terzi. Ciò è incompatibile col sistema della legge belga.

13. La legge non parla degli interessi del prezzo. Era affatto inutile. Anche il codice civile taceva su questo punto, eppure tutti ammettevano che gli interessi erano privilegiati come accessorii, ed è appunto perchè gli interessi sono l'accessorio del prezzo che era inutile menzionarli, l'accessorio avendo necessariamente la stessa qualità del principale. Tale è la ragione giuridica. L'equità è d'accordo col diritto. Perchè il compratore deve gli interessi, sia in forza della convenzione, sia in forza della legge (art. 1652)? Perchè il compratore gode della cosa e ne percepisce i frutti. Ora, questo godimento, che giova al debitore, giova anche ai suoi creditori. Il motivo sul quale è fondato il privilegio si applica dunque tanto agli interessi quanto al capitale.

Il solo punto che fosse controverso sotto l'impero del codice civile era la questione di sapere se tutti gli interessi dovuti

dal compratore al momento in cui divenne insolvente erano privilegiati, o se bisognava applicare ai privilegi la restrizione che l'art. 2151 stabilisce quanto alle ipoteche (1). La nuova legge tronca questo dubbio equiparando i privilegi alle ipoteche (articolo 87). È un'applicazione del principio che i privilegi sono ipoteche privilegiate.

14. Non è così dei danni ed interessi che il compratore deve pagare per inadempimento del contratto, sia per sentenza del giudice, sia in forza d'una clausola penale. Questi non sono accessorii del prezzo. Infatti, il prezzo ha per causa la trasmissione della proprietà della cosa venduta, mentre i danni ed interessi hanno per causa l'inadempimento delle obbligazioni contratte dal compratore. Il prezzo giova agli altri creditori al pari degli interessi, perchè è questo credito che mette la cosa e i frutti nel patrimonio del debitore. I danni ed interessi, al contrario, diminuiscono il patrimonio del debitore senza alcun compenso.

Abbiamo detto altrove che, secondo l'opinione comune, le spese degli atti che fa il creditore privilegiato per ottenere il pagamento del proprio credito, vale a dire le spese giudiziarie, sono privilegiate come un accessorio (2). A nostro avviso le spese sono danni ed interessi. Esse non sono dovute come compenso della cosa o dei frutti, ma bensì per l'inadempimento dell'obbligazione contratta dal compratore, al pari dei danni ed interessi. Dunque il diritto e l'equità s'oppongono a che siano privilegiate (3).

15. Il privilegio è inerente alla qualità del credito. Il venditore è privilegiato perchè il prezzo ha per causa il trasferimento della proprietà della cosa venduta. Se il credito del prezzo è estinto e sostituito da un altro credito, non può più essere questione di privilegio; il credito privilegiato non esiste più e il nuovo credito non è munito d'un privilegio. Il venditore deve dunque guardarsi bene dal novare il proprio credito, perchè perderebbe non solo il privilegio, ma anche il diritto di risoluzione, in quanto, secondo i principii della nuova legge, il diritto di risoluzione dipende dalla conservazione del privilegio. 'E per questo che la legge pone per principio che la novazione non si presume. Bisogna che la volontà di operarla risulti chiaramente dall'atto (art. 1273). Questo principio deve ricevere applicazione specialmente quando il credito che si pretende novare era privilegiato. Non si può certo supporre che il venditore consenta, senza ragione alcuna, a rinunciare a tutte le garanzie che la legge gli accorda pel pagamento del prezzo (vol. XVIII, n. 288).

---

(1) Pont, t. I, p. 181, n. 192; Martou, t. II, p. 199, n. 553.
(2) Duranton, t. XIX, p. 217, n. 163.
(3) Bruxelles, 29 maggio 1823 e 3 maggio 1826 (*Pasicrisie*, 1823, p. 430, e 1825, p. 134). Aubry e Rau, t. III, p. 167 e seg., e nota 7, § 263.

In applicazione di questo principio, è stato giudicato che il credito privilegiato sussiste, benchè il contratto di vendita, dopo aver indicato il prezzo in capitale, lo converta in una rendita perpetua o vitalizia (1). Accadrebbe altrimenti se il prezzo, fissato anzitutto in capitale, fosse, posteriormente alla vendita, convertito in rendita. Vi sarebbe novazione e, per conseguenza, estinzione del privilegio, a meno che il venditore non si riservasse il proprio privilegio. Si applica ai privilegi quanto abbiamo detto delle ipoteche trattando della novazione, poichè il privilegio non è che un'ipoteca privilegiata.

Sarà lo stesso se il prezzo è stipulato pagabile in effetti di commercio. Questa clausola, usualissima, ha dato luogo a numerose difficoltà. Rimandiamo a quanto si è detto al titolo delle *Obbligazioni* (vol. XVIII, nn. 288-293).

N. 3. — **Su che cosa cade il privilegio.**

16. Il venditore ha un privilegio sull'immobile venduto (art. 27, 1.°, codice civile, art. 2103, 1.°). Tale preferenza gli viene accordata perchè la cosa venduta entra nel patrimonio del debitore e giova agli altri creditori. La causa del privilegio essendo speciale, anche il privilegio deve essere speciale. Ne consegue che, se la vendita ha avuto per oggetto soltanto la porzione d'un immobile, il privilegio non colpirà le altre porzioni (2).

17. A termini dell'art. 45 (codice civile, art. 2118), l'ipoteca acquisita s'estende agli accessori reputati immobili ed ai miglioramenti sopravvenuti all'immobile ipotecato. Questo principio si applica al privilegio del venditore? La questione è controversa. A nostro avviso, essa deve essere decisa affermativamente. Il privilegio è un'ipoteca privilegiata. Bisogna dunque applicare ai privilegi immobiliari i principii che reggono l'ipoteca. Questo argomento ha deciso la Corte di cassazione, e ci pare parentorio (3). Vi è però un motivo di dubitare. La causa del privilegio è speciale, nel senso che il creditore gode d'una preferenza a riguardo degli altri creditori, perchè la vendita ha messo la cosa venduta nel patrimonio del compratore, e perchè in questo senso gli altri creditori approfittano della vendita. Ora, se il compratore fa costruzioni sul fondo venduto, queste migliorie hanno la loro causa, non nella vendita, ma in

---

(1) Cfr. AUBRY e RAU, t. III, p. 168, note 9 e 10, § 263.

(2) Vedi un'applicazione nel rigetto, sezione civile, 13 luglio 1841 (DALLOZ, v. *Privilèges*, n. 437).

(3) Rigetto, 15 luglio 1867 (DALLOZ, 1868, 1, 269). Bordeaux, 28 aprile 1873 (DALLOZ, 1874, 2, 57). Vi sono decisioni in senso contrario (DALLOZ, v. *Privilèges*, numero 435).

un altro fatto, i lavori, e il credito che nasce da tali lavori è esso medesimo privilegiato. L'obbiezione non è così decisiva come pare. Anche gli autori che la propongono non la fanno senza titubanza. Pare, essi dicono, che il privilegio del venditore non debba estendersi a costruzioni *intieramente nuove* sopra un terreno non fabbricato, di modo che, se la costruzione non fosse intieramente nuova, il venditore eserciterebbe il privilegio. Questi stessi autori ammettono che il privilegio del venditore s'estende agli oggetti mobiliari divenuti immobili per destinazione perpetua (1). Cotale concessione distrugge il principio che ci si oppone. 'E certissimo che si può dire dei mobili immobilizzati per incorporazione e delle costruzioni che non sono intieramente nuove quello che si dice delle costruzioni nuove. Tutti i valori aggiunti dal compratore alla cosa venduta sono estranei alla causa del privilegio che la legge accorda al venditore. Se dunque si vuol stare al principio della specialità del privilegio, bisogna decidere che il venditore non ha preferenza a riguardo degli altri creditori che sui valori da lui conferiti nel patrimonio del debitore comune, il che equivale a dire che l'art. 2118 (legge ip., art. 45) non è applicabile ai privilegi. Questa opinione assoluta non ha mai trovato fautori, ed è insostenibile. Infatti, interpretando così l'articolo 2118, si derogherebbe all'articolo 2113, che consacra il principio dominante in questa materia, cioè che il privilegio è un'ipoteca privilegiata, principio che la nuova legge ha riprodotto (art. 36, 37, 38, 87). Può l'interprete portare un'eccezione alla regola fondamentale in materia di privilegi? Il legislatore avrebbe potuto e, a nostro avviso, avrebbe dovuto farlo, ma non l'ha fatto. Ecco dunque la situazione. O bisogna ammettere che l'art. 2118 (legge ip., art. 45) non è applicabile ai privilegi, il che nessuno osa sostenere, o è forza considerare questa disposizione come una regola generale e con tutte le sue conseguenze.

18. Quello che diciamo delle costruzioni si applica senza difficoltà ai mobili immobilizzati per incorporazione. Su questo punto tutti sono d'accordo. Che importa la specialità del privilegio? Anche l'ipoteca è speciale. Se essa s'*estende*, come dice la legge, agli *accessorii* reputati immobili, è per applicazione del principio che l'accessorio segue il principale. Il privilegio colpisce la cosa, e quindi tutto ciò che s'incorpora alla cosa. Giuridicamente non si comprende che la cosa principale, il fondo, sia gravato d'un privilegio e che l'accessorio, le costruzioni o i mobili incorporati non lo siano.

Devesi applicare il principio agli oggetti mobiliari che vengono collocati nel fondo per la sua coltivazione, senza esservi incorporati? A nostro avviso, sì. Se si ammette il principio,

(1) AUBRY e RAU, t. III, p. 410, e nota 5, § 284, e le autorità che citano. In senso contrario, MARTOU, t. II, p. 202, n. 558.

bisogna ammetterne le conseguenze: gli immobili per destinazione sono accessorii al pari degli immobili per incorporazione, e quindi è applicabile il testo dell'art. 2118. Con qual diritto gli interpreti distinguono ove la legge non distingue? La Corte di Poitiers ha giudicato che il privilegio del venditore non si estende alla soccida addetta al fondo dell'acquirente. Essa dice che, per estendere il privilegio del venditore alle soccide, occorrerebbe una disposizione formale della legge, perchè i privilegi sono di stretto diritto. La Corte ammette però che gli oggetti mobiliari immobilizzati per incorporazione sono colpiti dal privilegio. Vi è una legge formale che lo dica? No, salvo l'art. 2118 (legge ip., art. 45). Ora, questa disposizione parla di tutti gli accessorii *reputati immobili*, e quindi di tutti gli oggetti immobilizzati. La Corte ha forse il diritto di distinguere ove la legge non distingue? Spetta al giudice, essa dice, apprezzare ciò che, mobile per sua natura, deve essere *reputato immobile* (1). Non è vero. Vi hanno testi i quali dichiarano ciò che è reputato immobile, e nessuna legge, nessun principio attribuiscono il minimo potere, in questa materia, ai tribunali.

§ II. — *Privilegio del copermutante.*

19. La legge accorda, in secondo luogo, un privilegio ai copermutanti sugli immobili reciprocamente permutati (art. 17, 2.°). Questo privilegio è dato loro anzitutto pel pagamento dei *conguagli* e *regressi*. Fino a concorrenza del conguaglio la permuta è una vendita. Se io permuto un immobile che vale trentamila lire con un altro che ne vale ventimila, non vi ha permuta che per un valore di ventimila lire; vi ha vendita per il conguaglio di diecimila, che l'altro permutante deve pagare. Vi è anche la stessa ragione di privilegiare il conguaglio e il prezzo di vendita, perchè il conguaglio fa entrare la parte dell'immobile per la quale è stipulato nel patrimonio del copermutante che deve pagarlo, e quindi vi sono identici motivi. Ecco perchè si ammetteva il privilegio del copermutante per conguaglio sotto l'impero del codice civile, benchè il codice non desse espressamente un privilegio ai copermutanti (2).

La legge non dice che l'atto debba stabilire essere dovuto il conguaglio. Il privilegio, in teoria, esiste dunque, quand'anche non vi fosse ne atto nè menzione che resta dovuto il conguaglio, ma sarebbe un privilegio inefficace, nel senso che non potrebbe essere conservato colla trascrizione. Se dunque il permutante

(1) Poitiers, 22 marzo 1848 (Dalloz, 1850, 2, 46).
(2) Pont, t. I, p. 174, n. 187, e le autorità che cita.

vuol profittare della facoltà di conservare il suo privilegio colla trascrizione, deve far stendere un atto autentico e dichiarare in esso che il conguaglio non è pagato. Si applica al permutante quanto abbiamo detto del venditore (nn. 5 e 6).

20. La permuta è retta, in generale, dai principii della vendita. Ne consegue che il copermutante, debitore del conguaglio, ne deve gli interessi di pien diritto se la cosa produce frutti. Gli interessi sono privilegiati in applicazione dei principii che abbiamo stabiliti per la vendita (n. 13).

21. La legge accorda un privilegio al permutante anche « per il pagamento della somma fissa che fosse determinata dall'atto a titolo di danni ed interessi nel caso di evizione ». Il permutante evitto, sia dietro un'azione di rivendicazione, sia dietro un'azione ipotecaria, può ripetere la cosa che ha dato in permuta, o reclamare danni ed interessi (art. 1705). La ripetizione non è altro che l'azione di risoluzione fondata sulla condizione risolutiva tacita. I danni ed interessi, che il permutante può domandare, rappresentano il valore dell'immobile, oltre la perdita fatta dal permutante evitto o il guadagno di cui è stato privato. La legge belga gli attribuisce un privilegio pel pagamento dei danni ed interessi, sotto la condizione che l'atto determini una somma fissa a titolo di danni, vale a dire che li valuti in denaro. Quale è il motivo del privilegio e della condizione che la legge esige per la sua esistenza?

Quando il permutante evitto reclama danni ed interessi, la permuta è mantenuta, ma il copermutante evitto, non ricevendo un fondo in cambio di quello che ha dato, ha diritto al valore del fondo di cui rimane evitto. Ne risulta che la permuta, in questa ipotesi, produce gli effetti d'una vendita. L'uno dei copermutanti tiene l'immobile che ha ricevuto e ne paga il prezzo sotto forma di danni ed interessi. Colui al quale questi danni ed interessi sono dovuti deve dunque avere un privilegio pel pagamento della somma alla quale ha diritto, poichè questa somma rappresenta il prezzo della cosa ch'egli ha dato al suo copermutante.

La legge aggiunge come condizione che l'atto di permuta stabilisca la cifra dei danni ed interessi. Se l'atto non contiene tale valutazione, il permutante non avrà privilegio. Questa condizione dipende dal modo di pubblicità organizzato dalla legge. A termini dell'art. 31, il copermutante conserva il suo privilegio colla trascrizione del contratto di permuta stipulando una somma fissa a titolo di danni ed interessi in caso di evizione. Perchè la trascrizione renda il privilegio pubblico bisogna naturalmente che l'atto menzioni il credito privilegiato. Ciò prova che, nel pensiero del legislatore, il privilegio del copermutante si conserva colla trascrizione anzichè coll'inscrizione, quantunque la legge attribuisca all'inscrizione la conservazione dei privilegi, e l'inscrizione potrebbe, a rigore, farsi senza che l'atto di permuta valutasse i danni ed interessi, poichè la legge non lo esige.

22. Il permutante, avendo al pari del venditore un'azione di risoluzione ed un privilegio, bisogna dire del concorso di questi due diritti quanto abbiamo detto in materia di vendita (n. 2). Secondo i principii del codice civile, il diritto di risoluzione era indipendente dal privilegio e poteva essere esercitato anche quando il permutante fosse decaduto dal medesimo. La nuova legge ha stabilito il principio totalmente contrario dichiarando che il diritto di risoluzione dipende dalla conservazione del privilegio. Ritorneremo su questo punto illustrando l'articolo 28.

§ III. — *Privilegio del donante.*

23. Il terzo privilegio immobiliare è quello del donante sull'immobile donato, pei pesi pecuniari ed altre prestazioni liquide imposte al donatario (art. 27, n. 8). Quando la donazione è fatta senza onere, non può parlarsi d'un privilegio del donante, poichè egli non ha azione contro il donatario, e senza credito non potrebbe esservi privilegio. Quando il donante impone un onere al donatario, egli ha un'azione contro di lui per costringerlo ad eseguirlo. La legge garantisce questo credito mediante un privilegio, analogo a quello ch'esso accorda per il pagamento del prezzo. Infatti la donazione è una vendita fino a concorrenza dell'importo dell'onere. Se io dono un immobile che vale trentamila lire, imponendo al donatario un onere di diecimila, l'atto non è una liberalità che per ventimila lire; per l'eccedenza è un contratto a titolo oneroso. Se l'onere consiste in una somma di denaro, il contratto ha gli effetti d'una vendita. È tanto vero che il donatario evitto ha un'azione in garanzia contro il donante per l'onere a cui ha soddisfatto. Il donante deve dunque avere il privilegio del venditore. Se l'onere consiste in un'altra prestazione, non vi ha più vendita, ma vi ha un contratto analogo, e l'analogia è perfetta per quanto riguarda il privilegio. Quello che rende la qualità del prezzo preferibile agli altri crediti è che il prezzo è la causa dell'obbligazione del venditore in conseguenza della quale la cosa venduta aumenta il patrimonio del debitore. Ora, la prestazione stipulata a titolo d'onere dal donante produce lo stesso effetto; essa è reputata la causa di quella parte della donazione che risponde all'onere. Se il terzo dei beni donati entra nel patrimonio del donatario, gravato da un onere senza del quale questi beni non sarebbero divenuti la garanzia dei creditori, è giusto che costoro sopportino l'onere, nel senso che il creditore dei pesi sia loro preferito, altrimenti s'arricchirebbero a spese del donante.

24. La legge prescrive una condizione per l'esistenza del privilegio. Bisogna che l'atto di donazione faccia conoscere la prestazione e il suo importo. Il privilegio del donante si con-

serva colla trascrizione. Si deve dunque applicare al donante quanto abbiamo detto del venditore e del copermutante (nn. 5, 6 e 19). Quando la prestazione consiste in una somma di denaro, l'atto di donazione fa conoscere ai terzi la cifra esatta dell'onere poichè l'atto deve essere trascritto sui registri del conservatore. Se l'onere consiste in prestazioni di derrate o in una obbligazione di fare, deve essere liquidato, vale a dire valutato in denaro, affinchè la trascrizione della donazione apprenda ai terzi quale è l'importo dei pesi in forza dei quali essi saranno posposti al donante (1).

25. Il donante ha anche un'azione di revocazione quando il donatario non eseguisce gli oneri (art. 954). 'E questa un'azione di risoluzione perfettamente analoga a quella del venditore. Il donante ha dunque due diritti, come il venditore e il permutante: l'azione risolutiva e il privilegio. La prima è dipendente dalla conservazione del privilegio, come diremo spiegando l'articolo 28.

§ IV. — *Privilegio dei condividenti.*

26. La legge accorda un privilegio ai condividenti per diverse cause: 1.° per il pagamento dei conguagli, 2.° per il pagamento del prezzo della licitazione, e 3.° per assicurare il regresso che la legge dà ai condividenti in caso d'evizione. Quale è il motivo di questi diversi privilegi? La causa è differente da quella che abbiamo dato per giusificare il privilegio del venditore, del permutante e del donante. In questi tre casi, vi ha trasferimento di proprietà e quindi aumento del patrimonio del debitore comune, in conseguenza della vendita, della permuta o della donazione, aumento di cui i creditori approfittano. Non è così della divisione. Essa non è traslativa di proprietà, ma dichiara soltanto quali sono stati i diritti dei condividenti a partire dal momento in cui è cominciata l'indivisione. La divisione non arricchisce dunque il patrimonio del debitore, e, per questo titolo, il privilegio non avrebbe ragion d'essere. Ma il privilegio si giustifica con un' altra considerazione. La divisione non fa che liquidare diritti preesistenti; l'eguaglianza è dell'essenza di questa liquidazione. Ora, perchè l'eguaglianza sia reale bisogna che quelli fra i condividenti i quali hanno un'azione per ristabilirla abbiano una garanzia pel pagamento dei loro crediti. Ecco perchè la legge accorda un privilegio ai crediti che nascono dalla divisione e che hanno per oggetto di mantenere l'eguaglianza fra i condividenti.

Tale è il conguaglio, che suppone una divisione ineguale,

---

(1) DELEBECQUE, *Commentario*, p. 138, n. 167; CLOES, t. I, p. 400.

poichè il lotto gravato dal conguaglio comprende beni per un valore superiore a quelli che formano il lotto creditore del conguaglio. Di qui il regresso fra le diverse quote. Potendo questo regresso riuscire illusorio per l'insolvibilità del debitore, la legge dà una garanzia reale al creditore, colpendo d'un privilegio i beni compresi nel lotto onerato dal conguaglio. Si può aggiungere che il conguaglio è il prezzo della parte dei beni che eccede la quota ereditaria del condividente, debitore del conguaglio. Il conguaglio, in materia di divisione, rassomiglia al conguaglio in materia di permuta ed al prezzo della vendita. È questo un motivo secondario che giustifica il privilegio speciale dalla legge creato a vantaggio dei condividenti.

Vi ha luogo a licitazione, ossia alla vendita all'incanto, quando una cosa comune a più persone non può essere divisa comodamente e senza danno, ovvero se in una divisione fatta amichevolmente di beni comuni se ne trovano alcuni che nessuno dei condividenti possa o voglia prendere. Si vende, in questo caso, la cosa indivisibile, e il suo prezzo vien distribuito fra i comproprietarii (art. 1686). La licitazione ora è una vendita, ora equivale ad una divisione. 'E una vendita quando si rende aggiudicatario un estraneo, come accade sempre nella seconda ipotesi prevista dall'art. 1686. I condividenti hanno allora il privilegio del venditore. Quando la cosa è aggiudicata ad uno dei comunisti, la licitazione tien luogo di divisione. Perchè i comproprietarii dell'aggiudicatario godono d'un privilegio pel prezzo? La loro parte in questo prezzo sostituisce la loro parte nella cosa. Importa dunque dar loro una garanzia pel pagamento del prezzo, altrimenti rischierebbero di non ottenere la parte alla quale hanno diritto.

Quando uno dei condividenti rimane evitto d'una cosa compresa nel suo lotto, ha un'azione in garanzia contro gli altri comunisti per essere indennizzato della perdita che gli ha cagionata l'evizione (art. 884 e 885). Questo regresso in garanzia ha lo scopo di ristabilire l'eguaglianza fra i condividenti. La legge lo privilegia all'effetto d'assicurare il pagamento dell'indennità e, per conseguenza, il mantenimento dell'eguaglianza fra condividenti.

27. Quali condizioni si richiedono perchè i comunisti abbiano diritto ai privilegi della divisione? Bisogna anzitutto che vi sia divisione. Sembra una sciocchezza il dirlo e si potrebbe credere che si faccia della scolastica, No; non avremmo mai pensato ad esigere questa condizione, che è sottintesa, se non fosse stata contestata in giudizio (1). I comunisti hanno, durante l'indivisione, diritti ed obblighi. Possono essi, per questo titolo, reclamare un privilegio? Lo si pretese. Ecco una di quelle pre-

(1) Agen, 6 agosto 1852 (Dalloz, 1853, 2, 27). Cfr. il vol. X dei miei *Principii*, nn. 212-224.

tese che difficilmente si comprendono, se non da parte dei litiganti, almeno dei loro consulenti. Non occorre dire che è stata respinta. Non basta essere coerede ed aver diritto come tale per fruire del privilegio; bisogna che vi sia un credito privilegiato. Ora, tutti i crediti per la garanzia dei quali la legge accorda un privilegio ai coeredi, nascono dalla divisione, ed implicano, conseguentemente, l'esistenza d'una divisione, il conguaglio, il prezzo della licitazione, il regresso in caso di evizione. All'infuori di questi crediti non vi ha privilegio, non potendo il privilegio esistere senza una legge che lo stabilisca.

28. Il privilegio dei comunisti suppone che l'indivisione sia cessata per effetto della divisione, e che da questa divisione risultino crediti privilegiati, per conguaglio, prezzo di licitazione o garanzia. Siffatti crediti non nascono soltanto dalla divisione fra coeredi. Ogni divisione fra comunisti, qualunque sia la causa dell'indivisione, può dar luogo ad un conguaglio o ad una licitazione o ad un'azione d'indennità, se uno dei condividenti è evitto, ed ove esiste la causa del privilegio deve esistere anche il privilegio. Il codice civile non menzionava che gli eredi nell'art. 2103, ma l'art. 2109 parlava in termini generali dei condividenti. La nostra legge menziona gli uni e gli altri perchè sia ben certo che il privilegio spetta a tutti coloro i quali, trovandosi in comunione, fanno la divisione dei beni comuni (1).

Fu disputato se la divisione d'ascendenti dia luogo ai privilegi stabiliti dalla legge ipotecaria. La ragione di dubitare sta nel carattere ambiguo di quest'atto. Esso è un atto traslativo di proprietà e nel tempo stesso una divisione. Tale duplice carattere è la fonte delle più gravi difficoltà; ma non potrebbe esservi un dubbio serio per la nostra questione. Il termine stesso di cui il legislatore si serve per qualificare la donazione o il testamento coi quali l'ascendente distribuisce i suoi beni fra i proprii figli o discendenti prova che si tratta di una divisione. Questa divisione è soggetta al principio dell'eguaglianza, poichè la legge ammette l'azione di rescissione per causa di lesione (art. 1079). Dunque la legge ha dovuto garantire l'eguaglianza anche fra i condivisi. La giurisprudenza è in questo senso al pari della dottrina (vol. XV, nn. 83 e 85) (2).

29. Quali sono i crediti privilegiati? Li abbiamo già enumerati (n. 26). L'applicazione ha sollevato numerosissime difficoltà. Un atto di divisione impone all'erede nella cui quota è caduto un fondo gravato dalla servitù di presa d'acqua l'onere di mantenere la servitù. La clausola era così concepita: « Tutte le riparazioni di manutenzione e d'altro, sia alle prese d'acqua, sia lungo il suo corso, saranno fatte soltanto a spese del proprietario

(1) Vedi i lavori preparatorii della nostra legge ipotecaria (CLOES, *Commentario*, t. I, p. 401, n. 688).

(2) Cfr. AUBRY e RAU, t. III, p. 171, nota 20, § 263, e le autorità che citano. Rigetto, 7 aprile 1860 (DALLOZ, 1860, 1, 499).

del secondo lotto ». Questa obbligazione era garantita dal privilegio di conguaglio? L'obbligazione essendo imposta alla quota che comprendeva il fondo servente, a vantaggio di quella che comprendeva il fondo dominante, bisogna dire che vi era conguaglio, nel senso più largo della parola. Ciò non era contestato, ma si pretendeva che l'onere essendo reale non dava luogo al privilegio, il quale è l'accessorio d'un credito. Il primo giudice respinse tale pretesa, ma essa venne accolta dalla Corte di Lione, e, sul ricorso, dalla sezione delle richieste, pel motivo che l'onere era inerente al fondo servente, e lo seguiva nelle mani di qualunque possessore. Ora, un terzo detentore non era certo debitore personale: non vi era dunque credito, e quindi neppure privilegio (1). Il principio invocato dalla Corte di cassazione è incontestabile, ma non ne trae essa una conseguenza erronea? L'onere imposto al proprietario del fondo servente è certamente personale nel suo principio, e quindi vi ha un credito, e per conseguenza un conguaglio. Che importa mai che la legge imprima a questo credito un carattere di realità, imponendo il debito ad ogni detentore del fondo? Ciò non toglie che vi sia un diritto a vantaggio del proprietario del fondo dominante, risultante dalla divisione, contro l'erede che ha nel suo lotto il fondo servente e contro i suoi aventi causa. Ora, secondo il testo, basta che vi sia un diritto. Si restringe la legge limitandola ad un credito puramente personale.

30. Si presenta una questione più difficile. Uno degli eredi gode delle cose comuni durante l'indivisione, e per conseguenza è tenuto alla collazione dei frutti. Questa obbligazione è un conguaglio ed è garantita da un privilegio. Abbiamo esaminato la questione al titolo delle *Successioni* (vol. X, n. 642). La dottrina e la giurisprudenza si sono pronunciate a favore del privilegio dei condividenti (2).

31. Si domanda se il privilegio di conguaglio s'estenda agli interessi che ne sono dovuti. La soluzione dipende dal punto di sapere se il conguaglio produce interessi di pien diritto. Noi abbiamo ritenuta l'affermativa (vol. X, n. 332). Ammessa questa opinione, bisogna ammettere anche la conseguenza che risulta dal principio. Gli interessi sono un accessorio del credito, e, a questo titolo, privilegiati nei limiti dell'art. 87 (codice civile, art. 2151) (3).

32. Su quali beni cade il privilegio dei condividenti? Bisogna distinguere le diverse cause per le quali la legge accorda un privilegio. Pel pagamento del conguaglio, il condividente

---

(1) Rigetto, sezione civile, in seguito a deliberazione in Camera di consiglio, 7 marzo 1859 (DALLOZ, 1859, 1, 157).

(2) MARTOU, t. II, p. 207, n. 578. AUBRY e RAU, t. III, p. 172, e nota 23, § 263. PONT, t. II, p. 193, n. 204.

(3) MARTOU, t. II, p. 209, n. 580. PONT, t. II, p. 198, n. 207 *bis*.

creditore ha un privilegio su tutti gli immobili compresi nel lotto gravato del conguaglio. Secondo il codice civile, il privilegio era più esteso; esso cadeva su tutti gli immobili della successione. La relazione della commissione senatoria spiega il motivo della restrizione che la nuova legge ha apportato al privilegio. Il creditore del conguaglio può stipulare garanzie nell'atto di divisione se il privilegio, quale è organizzato dalla legge, non gli dà una sicurtà sufficiente. I suoi interessi sono dunque pienamente tutelati. Riguardo agli altri condividenti, essi sono interessati a che i loro beni non siano gravati d'inscrizioni inutili (1). Generalmente il privilegio, anche ristretto agli immobili del lotto gravato dal conguaglio, sarà ancora troppo esteso, perchè il conguaglio non è che una parte del valore del lotto. Se il lotto consiste in immobili, come si deve supporre, il privilegio eccederà di molto l'importo del conguaglio. In questa supposizione, la legge dispone che l'atto di divisione può restringere il privilegio ad uno o più degli immobili compresi nel lotto del condividente debitore. Lo spirito della legge è che le garanzie ch'essa accorda non eccedano i bisogni di colui al quale le concede. È secondo questo concetto ch'essa organizza le ipoteche legali, ed è pure con tale criterio che cerca di limitare i privilegi quando sono eccessivi.

33. In caso di licitazione, il privilegio cade sul bene licitato. La causa del privilegio essendo speciale, speciale pure dev'essere il privilegio. Quando rimane aggiudicatario un estraneo, non è che l'applicazione del diritto comune poichè i condividenti sono venditori, e il privilegio del venditore non grava che il bene venduto. Quando è un comunista che si rende aggiudicatario, il privilegio è ancora speciale per sua natura, ed offre una garanzia sufficiente ai comunisti, poichè il loro diritto non rappresenta che una parte del valore dell'immobile licitato.

L'estensione del privilegio, per quanto riguarda l'importo del credito privilegiato, dà luogo ad una difficoltà quando l'aggiudicazione in esito alla licitazione è seguita da una rivendita all'asta da parte dell'aggiudicatario (2). Può darsi che il prezzo della nuova aggiudicazione sia inferiore a quello dell'aggiudicazione primitiva. In un caso giudicato dalla Corte di Rouen, l'immobile licitato da prima per quarantottomila lire fu rivenduto per ventiseimila. Gli eredi pretesero che i loro diritti erano stabiliti dalla vendita primitiva, poichè l'aggiudicatario restava debitore della differenza fra le due aggiudicazioni. La Corte risponde, e la risposta è perentoria, che questa obbligazione dell'aggiudicatario è personale, mentre il privilegio reclamato dai condividenti è reale: esso cade sull'immobile acquistato dal secondo aggiudicatario. la prima vendita essendo risolta. Ora, il secondo compratore è

(1) D'Anethan, *Relazione* (Parent, p. 408).
(2) Martou, t. II, p. 210, n. 582. Pont, t. I, p. 200, n. 208.

soltanto debitore del prezzo pel quale l'immobile gli è stato aggiudicato, e quindi il privilegio non può essere esercitato che per questa somma, poichè la garanzia reale non può eccedere il credito. 'E sottinteso che i condividenti hanno azione contro l'aggiudicatario, ma questo diritto è puramente personale: esso non può essere garantito da un privilegio, speciale per sua natura, e che cade esclusivamente sull'immobile licitato, e l'aggiudicatario non è più proprietario dell'immobile, poichè l'aggiudicazione è risolta (1).

34. Sotto l'impero del codice civile, il privilegio di licitazione presentava un'altra difficoltà. La licitazione è talvolta una vendita, tal'altra una divisione. Ora, la legge subordinava la conservazione del privilegio a condizioni diverse. Il condividente doveva inscrivere il suo privilegio nei sessanta giorni, a partire dall'atto di divisione o dall'aggiudicazione per licitazione, mentre il privilegio del venditore poteva sempre essere utilmente inscritto (art. 2108 e 2109). Importava dunque molto sapere se vi fosse vendita o divisione. La difficoltà si presentava specialmente quando uno dei condividenti vendeva la sua parte indivisa ad un comunista (2). La quistione non ha più interesse per quanto riguarda il privilegio, poichè il privilegio del condividente e quello del venditore si conservano nello stesso modo, mediante la trascrizione, e nessun termine è prescritto nè per l'uno nè per l'altro.

35. Il privilegio per causa d'evizione cade su tutti gli immobili compresi nel lotto dei garanti. Perchè il privilegio è generale, nel senso che grava tutti gli immobili della successione devoluti agli eredi debitori dell'indennità, mentre il privilegio di conguaglio e di licitazione è speciale? Il privilegio è una garanzia del credito, e quindi non può esistere che ove vi ha un credito. Ora, in caso di licitazione, i condividenti non hanno azione personale che contro l'aggiudicatario, e quindi non possono avere privilegio che sull'immobile licitato. Così pure quando un lotto è gravato d'un conguaglio in favore d'un altro lotto, soltanto i due condividenti sono l'uno debitore e l'altro creditore del conguaglio. Gli altri coeredi non sono tenuti personalmente, e per conseguenza non possono esserlo realmente, salvo stipulazione contraria (3).

36. Quale è l'estensione del privilegio di garanzia? Vi sono quattro condividenti che succedono in parti eguali. Il quarto rimane evitto d'un fondo che vale sedicimila lire. Egli ha un regresso contro ciascuno dei tre condividenti per quattromila lire.

---

(1) Rouen, 30 dicembre 1850 (Dalloz, 1851, 2, 246).

(2) Aubry e Rau, t. III, p. 171, note 21 e 22, § 263. Cfr. i miei *Principii*, volume X, nn. 424-429.

(3) È l'opinione emessa nella relazione della commissione del senato (Parent, p. 408). In senso contrario, Martou, t. II, p. 217, n. 586.

La questione sta nel sapere se il privilegio cade sugli immobili di ciascun lotto per quattromila lire, o per tutto il credito, che è di dodicimila. Bisogna applicare il principio che abbiamo ricordato. Il privilegio non è che l'accessorio del credito. Ora, il condividente evitto non ha azione contro i comunisti che nel limite della loro quota ereditaria. Il suo regresso non essendo che di quattromila lire, il privilegio non può gravare i beni di ciascun lotto che nello stesso limite.

Vi è una difficoltà in caso d'insolvenza. A termini dell'articolo 884, ciascuno degli eredi è personalmente obbligato, in proporzione della sua quota ereditaria, ad indennizzare il suo coerede della perdita che gli ha cagionato l'evizione. Se uno dei coeredi è insolvibile, la porzione a cui è tenuto deve essere egualmente ripartita fra il garantito e tutti gli eredi solvibili. Nell'esempio che abbiamo dato, il condividente, evitto pel valore di sedicimila lire, avrà un regresso contro ciascuno dei comunisti per quattromila, più mille lire se uno di essi è insolvibile. Si domanda se, in questo caso, il privilegio può essere esercitato per cinquemila lire. In massima, l'affermativa non è dubbia, poichè il privilegio garantisce tutto il credito derivato dall'evizione. Ora il credito è, nella specie, di cinquemila lire (1). Ma vi è una difficoltà in conseguenza della condizione richiesta dalla nuova legge per la conservazione del privilegio. Ritorneremo sull'argomento (n. 38).

37. Il privilegio di garanzia, come è organizzato dalla legge, può essere troppo esteso. Se, nell'esempio che abbiamo dato, i beni compresi in ciascun lotto valgono venticinquemila lire, il credito che nasce dall'evizione non essendo che di quattromila, la garanzia sarà eccessiva. La legge permette, in questo caso, di limitare il privilegio. I condividenti possono restringerlo ad una parte degli immobili giudicata necessaria per assicurare una piena garanzia al condividente evitto. Le parti contraenti non avevano bisogno dell'autorizzazione della legge per modificare il privilegio ch'essa accorda. Il privilegio, quantunque stabilito dalla legge, è d'interesse privato. È dunque libero alle parti di rinunciarvi o di restringerlo, ma non potrebbero estenderlo, poichè non spetta loro creare un privilegio. Se la legge autorizza la restrizione del privilegio, lo fa in certo qual modo per dare un consiglio alle parte interessata, affine d'evitare che i loro beni siano gravati d'inscrizioni inutili. Si nuocerebbe al loro credito senza vantaggio per l'erede evitto, poichè si suppone che il privilegio ridotto basterà per assicurare il pagamento dell'indennità.

38. Una condizione è richiesta per l'esistenza del privilegio di garanzia. Esso non ha luogo, dice l'art. 27, se non in quanto l'atto di divisione contenga la stipulazione d'una somma fissa

(1) Pont, t. I, p. 192, n. 202.

pel caso di evizione. Questa condizione dipende dal modo di conservazione che la legge ha prescritto per il privilegio dei condividenti. Esso si conserva mediante trascrizione dell'atto il quale deve, per conseguenza, far conoscere ai terzi l'importo esatto del credito privilegiato. Se l'atto non contiene la valutazione dell'indennità, in caso d'evizione, il condividente evitto non avrà privilegio. Il testo non lascia alcun dubbio su questo punto. Ecco una nuova prova che secondo lo spirito della legge, il privilegio dei condividenti, come quelli del venditore, del permutante e del donante, si conservano colla trascrizione anzichè coll'inscrizione.

La legge vuole che l'atto contenga la stipulazione d'una *somma fissa*. Vi ha però una eventualità che è difficile prevedere, quella dell'insolvibilità di uno dei condividenti. Quale sarà, in questo caso, il diritto dell'erede evitto? Se l'insolvibilità non fu prevista dall'atto di divisione, il condividente evitto non avrà privilegio per questo titolo, poichè il privilegio non può eccedere la somma fissata dal contratto. Invano si dirà che, essendo il caso d'insolvibilità regolato dalla legge, i terzi devono aspettarsi un aumento del credito privilegiato, aumento che è loro facile calcolare. La risposta si trova nel testo dell'art. 27. Esso vuole una somma *fissa*. Non è nella legge che i terzi devono cercare le informazioni di cui hanno bisogno, ma nell'inscrizione. Il privilegio non può mai eccedere l'importo del credito inscritto, vale a dire la somma fissata dall'atto di divisione.

39. Il privilegio non è accordato dalla legge che per la garanzia stabilita dall'art. 884. Bisogna dunque, come condizione essenziale, che questa garanzia sia dovuta. Si applicano i principii che abbiamo esposti al titolo delle *Successioni*. Così il condividente evitto non avrà diritto alla garanzia, nè per conseguenza ad un privilegio, se l'evizione procede da una causa posteriore alla divisione, o se l'ha sofferta per sua propria colpa (1).

Come risulta dai lavori preparatorii, la legge è concepita con criterio restrittivo. La commissione speciale aveva proposto di sopprimere il privilegio che il codice civile accorda in termini generali, per la *garanzia della divisione*. Questo privilegio le pareva pericoloso, perchè si trattava d'un credito incerto quanto alla sua esistenza, ed indeterminato quanto al suo valore ed alla sua durata. D'altra parte, questo privilegio pareva inutile, i condividenti essendo liberi di stipulare e consentire quelle garanzie che credono convenienti. La proposta d'abolire il privilegio di garanzia non trovò favore. Fu mantenuto, ma ristretto e permesso a condizioni che ne assicurassero la specialità e la pubblicità (2) Anzitutto il privilegio non è più accordato in ter-

---

(1) PONT, t. I, p. 192, n. 202.

(2) Relazione della commissione speciale (PARENT, p. 35). Relazione della commissione del senato (PARENT, p. 412).

mini vaghi, per la garanzia della divisione. Esso è limitato alla garanzia prevista dall'art. 884. Bisogna dunque che vi sia evizione, come l'hanno definita la dottrina e la giurisprudenza fondandosi sul testo del codice e sulla tradizione. Se ne è conchiuso, a ragione, che i condividenti non hanno privilegio pei pesi che l'atto di divisione impone ad uno dei condividenti (1). Poi il privilegio è ristretto alla somma *fissa* che l'atto deve stipulare per l'indennità del comunista evitto. Se l'importo del credito eccede questa cifra, il condividente non ha per l'eccedenza che un credito chirografario. Sarebbe lo stesso se il credito non rientrasse nei termini restrittivi del testo. Tale è il principio: esso ci servirà a risolvere le difficoltà che si presentano nell'applicazione della legge.

40. Uno dei condividenti paga un debito che stava a carico d'un altro comunista. Ha egli per questo titolo il privilegio di garanzia? Se si ammette il principio come noi lo abbiamo formulato, la negativa è certa. Infatti il pagamento d'un debito e la liberazione d'un condividente non rientrano nei termini restrittivi della legge. Questo non è un caso d'evizione previsto dall'art. 884, il che decide la questione, poichè non vi ha privilegio senza testo. Tuttavia nella dottrina e nella giurisprudenza prevale il parere contrario, ma con dissensi che non attestano in favore dell'opinione comune.

Si invoca anzitutto la tradizione. Pothier insegna che il marito il quale paga un debito per liberare la moglie o i suoi eredi ha un'ipoteca privilegiata sui beni devoluti alla moglie mercè la divisione. Egli dà come ragione che la moglie non può partecipare ai beni della comunione che a condizione di pagare i debiti (2). Rispondiamo che Pothier parla come legislatore: egli non era vincolato da alcun testo. Tale non è la posizione degli interpreti moderni. Essi sono legati alla lettera della legge e questa non riproduce certamente la dottrina di Pothier.

Gli autori sono divisi. Persil e Troplong sopratutto difendono l'opinione di Pothier: essi insistono sulla necessità di mantenere l'eguaglianza fra condividenti (3). Anche questo motivo va all'indirizzo del legislatore. Dice forse la legge che il privilegio esiste in tutti i casi in cui fosse compromessa l'uguaglianza? Grenier e Duranton si attengono al testo ed al principio d'interpretazione che domina questa materia. Il codice non accorda privilegio che per i conguagli e la garanzia. Ora, il pagamento di un debito ereditario non rientra in alcuno di questi casi. 'E certo che questa ipotesi non cade sotto l'applicazione dell'art. 27 della nostra legge, più restrittivo dell'art. 2103 del codice civile (n. 39). Martou, l'eccellente commentatore della legge ipotecaria, ha

(1) Cloes, t. I, p. 412, n. 709. In senso contrario, Casier, n. 273.
(2) Pothier, *Della comunione*, n. 752.
(3) Nello stesso senso, Aubry e Rau, t. III, p. 172, nota 24, § 263.

tentato d'applicare al pagamento d'un debito il privilegio di conguaglio (1). 'E una sottigliezza che a rigore si potrebbe ammettere, se in materia di privilegi fosse permessa l'interpretazione estensiva, ma il principio contrario domina invece nella dottrina e nella giurisprudenza. Ogni difficoltà concernente l'esistenza d'un privilegio deve essere troncata dal testo. Ora, il testo che accorda un privilegio per il *pagamento di conguagli* o *regressi di lotti* è applicabile al caso in cui uno dei condividenti paga un debito a scarico dell'altro? No, stando alla lettera della legge, e la lettera è decisiva (2).

Anche la Corte di cassazione si è pronunciata in favore dell'opinione che noi combattiamo. Dopo aver citato il testo dell'art. 2103, essa dice che lo scopo evidente di questa disposizione è di mantenere l'eguaglianza delle divisioni, la quale sarebbe ad ogni istante offesa se la legge non assicurasse fra coeredi il rimborso del debito ereditario, che l'uno fosse stato obbligato a pagare per l'altro. L'argomentazione non è logica. Dal fatto che la legge ha voluto garantire l'eguaglianza delle divisioni non si può conchiudere ch'essa abbia inteso accordare un privilegio in tutti i casi in cui l'eguaglianza corresse pericolo d'essere offesa. Non lo si può specialmente quando si tratta di privilegi poichè in tal modo s'invoca lo spirito della legge contro il testo per estendere un privilegio a un caso che la lettera della legge non prevede, il che conduce a creare privilegi. E la Corte di cassazione non dice in tutte le sue sentenze, che i privilegi sono di stretto diritto?

41. Un erede è condannato a restituire somme da lui stornate dalla successione e dissimulate al momento della divisione. Il condividente ha per questo titolo un privilegio? In questi termini la questione si è presentata avanti la Corte d'Agen. La negativa era certa, poichè la legge non accorda privilegio che per i crediti che nascono dalla divisione (3). La divisione è, in questo caso, ineguale perchè l'erede che ha distratto non prende alcuna parte nei beni che ha voluto sottrarre ai suoi condividenti. Ora, la legge non dà privilegio per garantire l'ineguaglianza della divisione. Non che questa ineguaglianza non sia perfettamente giusta, ma si tratta d'una pena, e la legge ha trascurato d'assicurare l'esecuzione della penalità che pronuncia. Ne concludiamo che, anche quando la condanna fosse anteriore alla divisione, non ne risulterebbe che un'azione personale contro l'erede colpevole. La ragione di decidere ci pare evidente: la distrazione non rientra nel testo della legge, e quindi non vi ha privilegio.

---

(1) MARTOU, t. III, p. 212, n. 585. In senso contrario, CLOES, t. I, p. 413, numero 710.

(2) Rigetto, 2 aprile 1839 (DALLOZ, v. *Privilèges*, n. 449).

(3) Agen, 22 dicembre 1846 (DALLOZ, 1847, 2, 27).

§ V. — *Privilegio dell'architetto.*

42. Gli imprenditori, architetti, muratori ed altri operai impiegati per dissodare terre, o prosciugare paludi, per edificare ricostruire o riparare fabbricati, canali od altra opera qualunque hanno un privilegio sull'immobile di cui hanno aumentato il valore mercè i loro lavori (art. 27, n. 5, codice civile, art. 2103, 4.°). Quale è la causa di questo privilegio? Enunciandolo ne abbiamo detto il motivo. Gli operai che, col loro lavoro, danno un maggior valore all'immobile, arricchiscono il debitore, e, per conseguenza, i suoi creditori. 'E dunqne di tutta giustizia che questi tengano loro conto del profitto che ne ritraggono. Ora, è in questi limiti che la legge stabilisce il privilegio. I creditori non hanno privilegio che per il maggior valore risultante dai loro lavori.

43. Nel linguaggio della scuola, questo privilegio si chiama il privilegio dell'architetto, perchè è d'ordinario l'architetto che lo esercita, dando alla parola *architetto* il suo più largo significato. Del resto, accade di questo privilegio come di tutti gli altri: esso non viene accordato alla persona, ma è inerente alla qualità del credito. Sotto questo rapporto, la redazione del codice civile lasciava alquanto a desiderare, sembrando ch'esso restringesse il privilegio a certi lavori, consistenti nell'*edificare*, *ricostruire* o *riparare*. Diciamo che la legge sembrava restrittiva. È certo che non vi ha alcuna ragione per limitare il privilegio ai lavori di costruzione. Ogni opera avente per effetto d'aumentare il valore d'un fondo merita egualmente il privilegio, perchè la causa è identica. Tale era appunto il pensiero degli autori del codice. Il progetto sottoposto al Consiglio di Stato non parlava dei canali. Crétet domandò che si estendesse il privilegio ad ogni sorta di costruzioni. Treilhard, il relatore della sezione di legislazione, dichiarò che accettava l'emendamento, e propose di redigerlo come segue: « I canali, le dighe, i *prosciugamenti* ed altre opere ». Questo emendamento fu adottato. Il processo verbale lo constata, eppure la parola *prosciugamenti* scomparve non si sa perchè, nè per colpa di chi (1). Ciò accusa almeno una grande negligenza. I privilegi essendo di stretto diritto, fu forza conchiuderne che il privilegio non era accordato per lavori di prosciugamento. La legge belga ha aggiunto il dissodamento delle terre ed il prosciugamento delle paludi, ma non dice nulla delle piantagioni che non sono comprese nelle espressioni *dissodare*, *prosciugare*, *edificare*, *ricostruire*, *riparare* e le parole *od altre opere qualsiansi* non si riferiscono, come nel

(1) Pont, t. I, p. 203, n. 210.

codice civile, al quale sono tolte, che alle *costruzioni*. Invece d'enumerare i diversi lavori, sarebbe stato più semplice porre per principio che ogni opera la quale aumenta il valore d'un fondo attribuisce un privilegio a colui che ha procurato il maggior valore.

44. I termini della legge sono restrittivi per quanto riguarda la qualità in cui i lavori devono essere fatti perchè il privilegio appartenga a coloro che li hanno eseguiti. Bisogna, e secondo l'art. 27 e secondo il codice civile (art. 2103), che gli imprenditori, architetti, muratori o altri operai siano stati impiegati per fare lavori di miglioria. *Impiegati* da chi? Dal proprietario, dice il resto dell'articolo, che dichiari aver intenzione d'eseguire le opere. Il proprietario che *impiega operai* contratta con essi. Da questo contratto nasce un credito ed è questo credito che viene privilegiato fino a concorrenza del maggior valore che risulta dalle opere.

45. Di qui una prima conseguenza, cioè che i subimprenditori e gli operai che trattano, non col proprietario, ma coll'imprenditore principale, o coll'architetto, o col capo mastro, non hanno privilegio. Essi non possono invocare il testo della legge, perchè non sono impiegati dal proprietario. Essi non hanno alcun credito contro di lui, e quindi è impossibile che il loro credito contro un imprenditore che non è proprietario del fondo sia garantito da un privilegio su questo fondo. È ben vero che sono gli operai che col loro lavoro procurano il maggior valore, ma non lo procurano che sotto la direzione dell'imprenditore o dell'architetto: essi non sono che strumenti; soltanto il direttore dei lavori ne è l'anima. L'equità è dunque d'accordo col diritto. In diritto, non vi ha privilegio senza credito, e gli operai non hanno alcun credito contro il padrone. E dal punto di vista dell'equità, il maggior valore non è dovuto a lavori puramente materiali, ma sibbene a colui che dirige i lavori, e per conseguenza anche il privilegio deve spettare a lui solo.

Gli operai hanno però un'azione contro il proprietario, l'azione indiretta dell'art. 1166. Creditori dell'imprenditore, essi possono esercitare, in nome del loro debitore, l'azione spettante a costui contro il padrone. Questa azione indiretta che gli operai hanno contro il proprietario non procura loro il vantaggio di un'azione diretta, perchè agendo in nome dell'imprenditore essi devono dividere il beneficio con tutti i creditori del loro debitore. 'E per dar loro una garanzia più forte che l'art. 1798 ha accordato ad essi un'azione diretta contro il proprietario fino a concorrenza di quanto egli si trova dovere all'imprenditore al momento in cui la loro azione è intentata. Rimandiamo, quanto al principio, al titolo della *Locazione*. Resta da fare l'applicazione dell'art. 1798 al privilegio dell'architetto. La questione non è senza difficoltà ed anche i pareri sono divisi. A nostro avviso, l'azione dell'art. 1798 non è altra che quella dell'art. 1166: è sempre l'azione dell'imprenditore che gli operai

esercitano. Essi non possono avere un'azione personale contro il proprietario, poichè non è intervenuta alcuna convenzione tra loro. Essi non hanno dunque che l'azione indiretta dell'art. 1166. Soltanto il beneficio di questa azione viene attribuito loro ad esclusione degli altri creditori dell'imprenditore.

Se tale è il senso dell'art. 1798, bisogna conchiuderne che gli operai esercitano l'azione privilegiata dell'imprenditore contro il proprietario. Diciamo l'azione privilegiata, perchè è l'azione dell'imprenditore quale spetta a costui che i combinati art. 1166 e 1798 danno agli operai, vale a dire un'azione munita d'un privilegio. Essi saranno dunque preferiti agli altri creditori del proprietario, se, come si deve supporre, questo diviene insolvente, perchè non è che in caso d'insolvenza che si tratta d'esercitare un privilegio, vale a dire una prelazione a riguardo dei creditori chirografarii. Tuttavia gli operai non hanno sempre diritto al privilegio per tutto il loro credito. Non è il loro credito che essi reclamano contro il padrone, ma il credito dell'imprenditore e quindi, quando questi è pagato in parte, gli operai non hanno azione privilegiata contro il proprietario fino a concorrenza di ciò di cui questi è debitore verso l'architetto (1).

46. I terzi che non hanno contrattato nè direttamente nè indirettamente col padrone non possono avere il privilegio del maggior valore che la legge dà agli operai *impiegati dal proprietario*. La proposizione si trova motivata dai termini stessi che la enunciano e che sono tolti al testo del codice e della legge ipotecaria. Tali sono il terzo possessore, il terzo detentore o l'usufruttuario. Se fanno migliorie sul fondo che posseggono, hanno diritto, per questo titolo, al privilegio dell'architetto? La questione non ha senso. Infatti, le condizioni prescritte dal testo stesso della legge per l'esistenza del privilegio non possono essere adempite. Ov'è anzitutto il contratto intervenuto fra i possessori e il proprietario contro il quale essi agiscono? Non vi ha alcun vincolo giuridico fra loro a riguardo di questi lavori. I terzi possessori e i terzi detentori li fanno per sè, e non come *impiegati dei proprietarii*. Essi stessi sono proprietarii o agiscono come tali. Anche le altre condizioni che enumereremo più avanti non possono essere adempite. La cosa è che ci pare inutile insistere (2).

Tuttavia la giurisprudenza riconosce un diritto di prelazione, e quindi un privilegio a coloro che fanno sopra un fondo lavori di miglioria o di conservazione. Per meglio dire, la giurisprudenza non è che incertezza e confusione in questa materia. Ciò che vi domina è la mancanza di ogni principio. La Corte di

---

(1) Vedi, in senso diverso, AUBRY e RAU, t. III, p. 174, nota 31; MOURLON, *Esame critico*, t. II, p. 535, n. 176; PONT, t. I, p. 203, n. 210.

(2) AUBRY e RAU, t. III, p. 174, nota 32, § 263, e, in senso diverso, gli autori che citano.

cassazione ha confermato una sentenza la quale, pur rifiutando al terzo detentore d'un immobile ipotecato il privilegio dell'architetto, aveva giudicato che il detentore poteva esercitare un diritto da proprietario sulle migliorie dovute ai suoi lavori, di modo che gli si rifiuta un privilegio e gli si accorda, più che un privilegio, un diritto di proprietà (1). La Corte cita l'art. 2175. Vi ritorneremo. Basta leggerlo per convincersi che in esso non è questione nè d'un diritto di proprietà nè d'un privilegio.

Vi è un'altra sentenza della Corte di cassazione che sarebbe difficile giustificare, anzi scusare. Un aggiudicatario eseguisce lavori che ha cura di far constatare da una persona dell'arte. Ha luogo poscia un secondo incanto. S'apre una graduatoria. Il primo aggiudicatario domanda di esservi collocato con privilegio per le sue spese e per le spese di perizia. Questo strano reclamo fu accolto dalla Corte d'Orléans, e sul ricorso intervenne una sentenza di rigetto più strana ancora. La Corte comincia col constatare che i lavori erano necessarii, urgenti, donde conchiude che l'acquirente, facendo le riparazioni, ha conservato un immobile che, senza queste spese; sarebbe perito. A qual pro stabilire che si trattava di lavori di conservazione? La legge accorda forse un privilegio per simili lavori? Basta ancora una volta leggere il testo dell'art. 2103 (legge ip., art. 27) per convincersi che la legge non parla di lavori di conservazione (2). Tuttavia la Corte di cassazione, fondandosi sul carattere conservativo dei lavori, ne induce che chi li aveva eseguiti godeva d'un privilegio. E il motivo? « In diritto, risponde la Corte, gli articoli 2103 e 2175 (legge ip., art. 27 e 103), che restringono il privilegio all'importo del maggior valore, non sono applicabili alla specie, poichè l'art. 2103 parla d'opere utili, a dir vero, ma volontarie, e dalle quali non dipende l'esistenza stessa della cosa » (3). Se l'art. 3103 non è applicabile, domanderemo alla Corte quale sia la disposizione della legge sulla quale essa fonda il privilegio di conservazione. Si cercherebbe invano nel codice civile. La corte ammette dunque un privilegio senza testo. Essa dice e ripete che i privilegi sono di stretto diritto, ed ecco che essa medesima crea un privilegio! Aubry e Rau dicono che la giurisprudenza, pur riconoscendo al terzo detentore ed all'usufruttuario il diritto di essere collocati con preferenza per le spese da essi fatte, non ha attribuito loro il privilegio stabilito dall'art. 2103. Ma che importa? Un diritto di preferenza esercitato in una guaduatoria aperta sul prezzo dell'immobile non può essere che un privilegio od una ipoteca (codice civile art. 2093 e 2094, legge ip., art. 8 e 9) e, nella specie, non vi ha nè ipoteca nè privilegio. Dunque la Corte fa la legge invece di interpretarla.

---

(1) Rigetto, 23 novembre 1838 (DALLOZ, v. *Privilèges*, n. 959, 1.°).
(2) Così giudicò la Corte di Parigi, 15 novembre 1875 (DALLOZ, 1877, 2, 99).
(3) Rigetto, 11 novembre 1824 (DALLOZ, v. *Privilèges*, n. 460, 1.°).

47. L'art. 2103 del codice civile soggiungeva, al n. 5: « Coloro che hanno prestato i denari per pagare o rimborsare gli operai godono dello stesso privilegio, purchè questo impiego sia autenticamente constatato dall'atto di mutuo e dalla quietanza degli operai ». Questa disposizione non è stata riprodotta dalla legge belga, perchè era inutile. Rimandiamo a quanto si è detto sulla disposizione analoga che riguarda i mutuanti di denari impiegati nell'acquisto d'un immobile (n. 3).

48. Quale è il credito privilegiato? Il credito che spetta agli architetti, imprenditori od operai contro il padrone pei lavori da essi eseguiti. I creditori hanno privilegio anche per gli interessi ai quali avessero diritto in forza della convenzione o d'una sentenza? Sotto l'impero del codice civile, la questione era controversa (1), a torto, secondo noi, gli accessori essendo necessariamente privilegiati quando il capitale gode d'un privilegio. Secondo la nuova legge, non vi ha più dubbio. L'art. 37 (codice civile, art. 2151) accorda implicitamente un privilegio per gli interessi, limitandolo a tre annate. Ritorneremo su questa disposizione trattando delle ipoteche.

Non tutto il credito dell'architetto è necessariamente privilegiato, anzi è raro che lo sia. Esso non ha privilegio che per il maggior valore. Prima di determinare il limite preciso del privilegio, dobbiamo esporre il sistema che la legge ha tolto al codice civile per constatare l'aumento di valore risultante dai lavori.

49. La legge vuole che si stendano due processi verbali, il primo accertante lo stato dei luoghi prima d'incominciare i lavori, il secondo constatante il valore del fondo dopo la consegna delle opere. Confrontando questi due valori, è facile calcolare il maggior valore che risulta dai lavori. Le perizie che la legge prescrive non sono soltanto un mezzo di provare l'aumento di valore che il fondo ha subìto mercè le opere che vi sono state eseguite, ma sono anche una condizione richiesta per l'esistenza del privilegio. È quello che indica l'art. 27 colle parole « *purchè tuttavia* ». Così nessun'altra prova sarebbe ammessa per stabilire il maggior valore che gli operai avessero procurato al fondo. Questa condizione è rigorosissima: essa impedisce il più delle volte agli imprenditori ed architetti d'acquistare il privilegio. Infatti, essi si trovano alle dipendenze del padrone che li impiega, e, per conseguenza, non possono esigere che siano fatte delle perizie. Sarebbe un segno di sfiducia, e la loro esigenza avrebbe il più delle volte per risultato di rompere le convenzioni. Per ottenere e conservare l'impresa, gli operai sono obbligati di rinunciare alla garanzia che la legge accorda loro. Non sarebbe stato più semplice rimettersi al diritto comune, permettendo agli imprenditori di dare la prova del

---

(1) MARTOU, *Commentario*, t. II, p. 221, n. 595.

maggior valore secondo le regole che il codice stabilisce al titolo delle *Obbligazioni?* Si può spiegare e giustificare il rigore della legge. Non bisogna dimenticare che gli operai reclamano un privilegio che accorda loro la preferenza su tutti i creditori ipotecari inscritti prima di essi. Sono dunque in causa gli interessi dei terzi, e la legge ha dovuto tutelarli. È a questo scopo ch'essa esige che il maggior valore sia constatato con mezzi che offrono piena garanzia ai terzi interessati.

50. I periti sono nominati *d'ufficio* dal presidente del tribunale di prima istanza nella cui circoscrizione i beni sono situati. L'espressione *d'ufficio* sembra dire che il presidente interviene senza essere richiesto. È impossibile. I magistrati non possono, nella specie, agire d'ufficio in questo senso. Bisogna ch'essi sappiano anzitutto se il proprietario si propone d'eseguire dei lavori, poi occrrre che gli imprenditori ed architetti vogliano acquistare il privilegio. Così, per la natura della cosa, il presidente deve essere richiesto di nominare il perito. Il testo della legge lo suppone. Infatti, l'art. 27 dice che la prima perizia ha per oggetto di constatare lo stato dei luoghi relativamente alle opere che il proprietario *dichiarerà aver intenzione di fare*. Occorre dunque una *dichiarazione* del proprietario, il che implica che il proprietario interviene. D'altronde è necessario il suo consenso perchè il perito possa procedere alle operazioni che è incaricato di fare.

Però la legge non dice che la perizia debba essere chiesta mercè un concorso di consenso. Di regola saranno i creditori che chiederanno la nomina dei periti, ma non lo faranno senza essersi assicurati del concorso del proprietario. Può darsi anche che il proprietario offra spontaneamente questa garanzia agli imprenditori. La Corte di Metz ha giudicato che nulla impediva al padrone di prendere l'iniziativa, poichè la legge non si spiega sulle persone a richiesta delle quali saranno adempite le formalità ch'essa ordina. In diritto, non vi ha dubbio, e, in fatto, il proprietario può aver interesse ad offrire garanzie agli imprenditori, affine di ottenere migliori condizioni (1).

Secondo il codice civile, la nomina del perito si faceva dal tribunale. La nuova legge affida questo mandato al presidente. Non si tratta d'una sentenza, ma di un atto di volontaria giurisdizione pel quale basta l'intervento del presidente. 'E una deroga al diritto comune in materia di perizia. Di regola sono le parti che nominano i periti. È soltanto quando esse non si accordano, o che non vogliono usare del diritto che la legge dà loro che il tribunale procede *d'ufficio* alla loro nomina (cod. di proc. art. 305). Di qui l'espressione *d'ufficio* che si trova nel codice civile e nella legge belga. Essa indica che le parti non sono chiamate a designare il perito. Il legislatore ha voluto

---

(1) Metz, 7 febbraio 1866 (DALLOZ, 1866, 2, 31).

prevenire ogni collusione fra le parti ed i periti a danno dei creditori. Il perito, colla complicità delle parti, avrebbe potuto stimare i terreni troppo basso per aumentare il maggior valore al quale gli operai hanno diritto.

51. Per la stessa ragione la legge belga vuole che i creditori inscritti siano chiamati alla prima perizia. Questo implica che i creditori inscritti prima dell'inizio dei lavori saranno posposti all'architetto. Ritorneremo su questo punto. Gli è pel motivo che saranno posposti fino a concorrenza del maggior valore risultante dai lavori ch'essi hanno interesse a che il valore del fondo al momento in cui i lavori stanno per cominciare sia constatato con esattezza. Tuttavia essi non devono necessariamente assistere alla perizia perchè questa sia valida: basta che vi siano chiamati. Spetta a loro tutelare i proprii interessi. Ma bisogna che siano chiamati. Se non lo fossero, la perizia sarebbe nulla e, per conseguenza, il privilegio non esisterebbe, quand'anche il processo verbale fosse stato inscritto. Si vede qui la differenza che passa fra le condizioni richieste per l'esistenza del privilegio e quelle che la legge prescrive per la sua conservazione. Perchè il privilegio dell'architetto sia conservato, bisogna, innanzi tutto, che esista, e non esiste se non quando la condizione della perizia sia stata adempiuta come la legge esige.

52. Quando deve farsi la prima perizia? Prima dell'inizio dei lavori. Ciò risulta dallo scopo stesso di questa perizia. Essa deve constatare lo stato dei luoghi, ossia il valore del fondo prima dei lavori. Ora, una volta cominciati i lavori, sarebbe difficilissimo stabilire in modo esatto il valore che aveva il fondo prima che le opere si facessero. Bisognerebbe rimettersi a testimonianze le quali, nel sistema del codice, non sono ammissibili quando le parti hanno potuto procurarsi una prova scritta. Il testo è concepito in questo senso. Esso dice che il perito deve stendere *preventivamente* un processo verbale constatante lo stato dei luoghi relativamente ai lavori che il proprietario dichiarerà *aver intenzione di fare*, e questo processo verbale deve, secondo l'art. 38, essere inscritto *prima dell'inizio dei lavori*.

53. La legge prescrive una seconda perizia dopo che i lavori sono terminati. Bisogna, dice l'art. 27, che le opere siano state, entro sei mesi al più del loro compimento, ricevute in consegna da un perito egualmente nominato d'ufficio. Questo secondo processo verbale constata il valore che il fondo ha dopo il compimento dei lavori. Confrontando questo valore con quello che il fondo aveva quando sono cominciati, si può constatare, mediante una semplice sottrazione, quale sia il maggior valore che le opere hanno procurato al fondo.

La seconda perizia deve farsi *entro sei mesi al più* dal compimento delle opere. È questa pure una condizione richiesta per l'esistenza del privilegio. Il termine è di rigore, poichè la legge dice *al più*. Abbiamo già esposto il motivo di questo rigore (n. 49).

La legge vuole una valutazione esatta nell'interesse dei creditori che saranno posposti agli operai fino a concorrenza del maggior valore che questi hanno procurato al fondo. Bisogna all'uopo che le opere siano stimate non appena compiute.

Diciamo che il termine è fatale. Ciò suppone che i lavori siano stati regolarmente continuati e compiuti. Se il contratto è risolto per sentenza del giudice prima che i lavori siano terminati, non siamo più nell'ipotesi prevista dalla legge. I sei mesi non possono più decorrere dal compimento delle opere, e nemmeno a far tempo dalla domanda di risoluzione. L'azione sospende bensì il corso regolare dei lavori, ma non si può dire ch'essi siano abbandonati, la continuazione o l'abbandono dipendendo dalla sentenza che interverrà sulla risoluzione del contratto. È stato giudicato che, in queste circostanze, il termine di sei mesi non aveva cominciato a decorrere che a partire dalla sentenza la quale aveva statuito sui difetti e fissato il compenso pei lavori. Sul ricorso, la sezione delle richieste decise che la sentenza impugnata aveva saggiamente applicato la legge ai fatti della causa (1).

54. L'art. 27 soggiunge: « L'importo del privilegio non può eccedere i valori accertati nel secondo processo verbale ». Quali sono *i valori* di cui parla la legge? Non è il valore di tutto il fondo aumentato dai lavori, ma la plusvalenza di quello constatato, non dal secondo soltanto, sibbene da entrambi i processi verbali. D'ordinario il maggior valore sarà al disotto della spesa. Il credito degli architetti non sara privilegiato, in questo caso, che fino a concorrenza del maggior valore. L'importo del privilegio non può eccedere la causa che ha fatto privilegiare il credito. Gli operai saranno creditori privilegiati fino a concorrenza del maggior valore e creditori chirografarii per l'eccedente del loro credito.

Secondo l'art. 27, l'ammontare del privilegio è ridotto alla plusvalenza esistente al tempo dell'alienazione dell'immobile e risultante dai lavori che vi si compierono. I processi verbali stesi dai periti constatano il valore arrecato al fondo dai lavori dell'architetto al momento in cui le opere sono compiute. Ma i creditori non approfittano di questo maggior valore se esso non esiste ancora quando il debitore diventa insolvente. Se risulta diminuito, l'importo del privilegio deve ridursi al valore preciso che i lavori hanno conservato al momento in cui fu venduto il fondo. È una conseguenza del principio sul quale si fonda il privilegio dell'architetto. Egli è preferito agli altri creditori perchè questi s'arricchiscono dei suoi lavori. Ora, essi non se ne arricchiscono che per il prezzo che ne ritraggono e che vien loro distribuito al momento dell'alienazione dell'immobile.

55. L'articolo testè trascritto reca pure un'altra restrizione.

(1) Rigetto, 18 novembre 1868 (DALLOZ, 1869, 1, 89).

Gli imprenditori non hanno privilegio che per la plusvalenza risultante dai loro lavori. Può darsi che vi sia un aumento di valore ascrivibile a cause estranee alle opere del creditore privilegiato, come la costruzione d'una ferrovia. Non se ne terrà alcun conto nella valutazione dell'importo del privilegio. Invano si direbbe che le opere, avendo aumentato il valore dell'immobile, hanno per ciò stesso contribuito ad aumentare la plusvalenza dovuta alle nuove comunicazioni. In teoria, l'obbiezione è fondata, ma il testo della legge non permette di farvi diritto, poichè esso limita espressamente il privilegio al maggior valore *risultante dalle opere*. Ora, i privilegi sono di stretto diritto, e si devono interpretare restrittivamente. Al contrario, se, per circostanze accidentali, il fondo fosse diminuito di valore, il privilegio degli operai sussisterebbe tuttavia finchè sussiste il valore prodotto dalle loro opere, sempre nel limite della plusvalenza che ne risulta (1).

56. Si presentano alcune difficoltà nell'applicazione della legge. A dire il vero, sono gli interpreti che le hanno create, perchè la legge è chiarissima. Il proprietario ha pagato una parte del credito degli operai, ed accade che il maggior valore al momento dell'alienazione dell'immobile non basta per disinteressarli. Essi hanno dunque un credito privilegiato ed un credito chirografario. Su quale di questi crediti s'imputeranno gli acconti ch'essi hanno ricevuto? Se gli autori che hanno sollevato tale quistione avessero letto il testo della legge, si sarebbero risparmiata la pena di discutere una difficoltà immaginaria. Può forse parlarsi d'imputazione quando non esiste che un debito solo? L'art. 1253 risponde che vi è luogo ad imputazione allorchè il debitore ha *più debiti* e fa un pagamento parziale. L'architetto ha forse *più* crediti contro il padrone? La domanda è un non senso. Tutto ciò che l'art. 27 dice è che l'architetto ha un privilegio pel maggior valore risultante dai suoi lavori. Può darsi dunque ch'egli sia ad un tempo creditore chirografario e creditore privilegiato. Ciò non prova ch'egli abbia due crediti, e quindi non vi ha luogo ad imputazione (2).

56 *bis*. La seconda difficoltà è parimenti immaginaria. Si domanda se l'art. 27 si applica alle opere di conservazione. Gli operai hanno privilegio soltanto pel maggior valore che ne risulta? Ovvero tutto il loro credito è privilegiato? Si è risposto alla domanda con un'altra domanda. Essa suppone che vi sia un privilegio di conservazione o di spese necessarie distinte dal privilegio di maggior valore o di spese utili. Ov'è la legge che stabilisce questo privilegio? E vi ha un privilegio, vale a dire una causa legale di preferenza, senza legge? La

---

(1) Duranton, t. XIX, p. 255, n. 190, e tutti gli autori, salvo Mourlon (Pont, t. I, p. 206, n. 213; Aubry e Rau, t. III, p. 176, nota 37, § 263).

(2) Vedi le citazioni in Aubry e Rau, t. III, p. 175, nota 34, § 263.

domanda implica un'eresia giuridica. Eppure la Corte di cassazione ha consacrato questa eresia colla pessima sentenza che abbiamo già censurato (n. 46). Che importa mai che Pothier abbia insegnato la distinzione fra le spese utili e le spese necessarie? Pothier aveva ragione, e gli autori del codice hanno avuto torto di non riprodurre la sua dottrina; ma ciò non dà agli interpetri il diritto di rifare la legge, creando un privilegio che questa ignora (1).

57. Abbiamo detto che gli imprenditori non hanno privilegio se non sotto le condizioni determinate dalla legge (2). La giurisprudenza è in questo senso, e non dovrebbe neppure esservi giurisprudenza sopra un punto che è deciso dal testo del codice. Eppure è accaduto che una Corte si ponesse al disopra della legge. La Corte di Bastia, fondandosi sull'uso generale seguito in quella città, e si può dire dovunque, di non fare perizie, aveva accordato il privilegio agli operai. La sentenza venne cassata, e giustamente, poichè violava l'art. 2103: « Attesochè, dice la Corte, i privilegi sono di stretto diritto e non esistono che sotto le condizioni determinate dalla legge ; attesochè l'art. 2103, 4.° (legge ip., art. 27, 5.°) subordina l'acquisto del privilegio del costruttore all'adempimento delle formalità ch'esso prescrive per assicurare agli antichi creditori la conservazione del loro pegno mediante la constatazione dello stato dei luoghi prima delle nuove costruzioni e per limitare il privilegio del costruttore al maggior valore risultante dai suoi lavori ». Ora, nella specie, non vi era stato alcun processo verbale, e tuttavia la Corte aveva accordato il privilegio al costruttore. Essa aveva dunque violato la legge (3). Se questo principio è incontestabile, esso dà luogo però a difficoltà nell'applicazione. Le esamineremo trattando della conservazione dei privilegi.

Art. 2. — Dell'ordine dei privilegi immobiliari.

58. La legge non dice nulla dell'ordine dei privilegi immobiliari, mentre ha un paragrafo speciale consacrato al concorso dei privilegi mobiliari. Quale è la ragione di questo silenzio? La commissione speciale la spiega nella sua relazione: « Quantunque l'ordine di questi privilegi non sia stato determinato dal codice civile, si è generalmente d'accordo che le disposizioni legali, attualmente in vigore, sono presso a poco sufficienti per prevenire ogni seria difficoltà sull'ordine nel quale essi devono eser-

(1) Martou, t. II, p. 222, n. 597; Aubry e Rau, t. III, p. 175, nota 33, e gli autori in senso contrario che citano.
(2) Vedi le sentenze citate da Pont, t. I, p. 210, n. 216.
(3) Cassazione, 11 luglio 1855 (Dalloz, 1856, 1, 9).

citarsi. Queste difficoltà spariranno ancor più se si adotta il progetto della commissione, il quale non ammette che le spese di giustizia come privilegiate sugli immobili, e che si è sforzato, inoltre, di restringere il lungo effetto retroattivo di cui godevano certi privilegi, come quelli del venditore e dell'architetto; il che poteva facilmente produrre conflitti fra i diversi creditori, conflitti che non possono più ripresentarsi, secondo il progetto della commissione » (1).

Il progetto della commissione è stato adottato dalla Camera per quanto riguarda i privilegi generali sui mobili e gli immobili. In rapporto alla retroattività dei privilegi la nuova legge non l'ammette esplicitamente che per gli imprenditori ed architetti e, a nostro avviso, la respinge tacitamente pei privilegi che si conservano mediante la trascrizione. Ritorneremo su tutti questi punti. Ci resta da provare quello che dice la commissione, che il concorso dei privilegi immobiliari non dà luogo ad alcuna difficoltà, per meglio dire, il concorso vero, vale a dire il conflitto, non esiste.

59. A termini dell'art. 21, il privilegio delle spese di giustizia è preferito a tutti i crediti nell'interesse dei quali sono state fatte. Questo principio non è stabilito che pei privilegi mobiliari, ma si applica anche ai privilegi immobiliari. Infatti esso risulta dalla natura delle spese di giustizia e dalla qualità del credito al quale la legge attribuisce questo privilegio. Se le spese di giustizia sono preferite ai creditori nel cui interesse sono fatte, è perchè i creditori devono sobbarcarsi a queste spese per realizzare il loro credito e, quindi, il loro privilegio se sono privilegiati. 'E pienamente equo che sopportino queste spese prima d'essere soddisfatti, poichè, senza di esse, non avrebbero ottenuto il pagamento. Ciò si applica a tutti i privilegi immobiliari o mobiliari. L'art. 21 stabilisce dunque un principio generale, quantunque sia posto sotto una rubrica speciale (2).

60. L'art. 2103, dopo aver accordato un privilegio al venditore, soggiunge: « Se vi sono più vendite successive il cui prezzo sia dovuto in tutto o in parte, il primo venditore è preferito al secondo, il secondo al terzo, e così di seguito ». Questa disposizione non fu riprodotta dalla nuova legge. Dovrà dirsi per ciò che il legislatore belga abbia derogato al codice civile? No, certo. La commissione speciale dice, nella sua relazione, che la disposizione ch'essa proponeva di togliere era inutile. 'E una conseguenza dei principii che la legge stabilisce sulla conservazione dei privilegi. Il venditore privilegiato ha un diritto sull'immobile venduto. Questo immobile è gravato d'un diritto reale immobiliare, e, per conseguenza, smembrato a pro-

(1) Relazione della commissione speciale (PARENT, p. 33).
(2) MARTOU, *Commentario*, t. II, p. 228, n. 610.

fitto del venditore. Se il compratore lo rivende, lo rivende smembrato. Rivendendolo, acquista egli stesso un privilegio sull'immobile così smembrato. Questo secondo privilegio non può dunque essere esercitato che dopo il primo, perchè esso non cade che sopra un immobile smembrato a vantaggio del primo. Ecco, in apparenza, un'eccezione al principio secondo il quale i privilegi si stimano in base alla loro causa, e non alla loro data, ed al principio che i crediti privilegiati dello stesso ordine concorrono al pagamento senza tener conto della data della loro origine (art. 13 e 14). Si tratta, nella specie, di privilegi della stessa qualità, è vero, ma cadenti su beni diversi. Il primo venditore esercita il suo diritto avanti al secondo, perchè il diritto del primo cade sopra una porzione dell'immobile che non è destinata al credito del secondo venditore, esercitando questi il suo privilegio sulla porzione dell'immobile che non è smembrata dal privilegio del primo venditore. A dire il vero, non vi ha conflitto, perchè i due privilegi non si esercitano sulla stessa cosa.

61. Quello che il codice dice di più venditori successivi della medesima cosa si applica altresì quando la cosa forma oggetto di più atti susseguentisi, traslativi o dichiarativi di proprietà, ciascuno dei quali dà vita ad un privilegio. Io vendo un immobile. Il compratore lo permuta o ne fa donazione. Il venditore ha un privilegio, e il compratore che lo permuta o che lo dona ha un privilegio sullo stesso immobile. Vi è concorso e conflitto? No, vi sono privilegi che si esercitano successivamente sopra una cosa diversa, il secondo creditore non avendo privilegio che sopra un immobile smembrato a profitto del primo. Sarebbe lo stesso se il venditore si trovasse in concorso con un condividente dell'immobile venduto. Vi sono allora due privilegi d'una qualità diversa, l'uno procedente da un atto che ha posto l'immobile nel patrimonio del debitore, l'altro stabilito per mantenere l'eguaglianza fra i condividenti. Ma poco importa la qualità. Quand'anche si stimasse la qualità del privilegio di garanzia più favorevole che quello del prezzo di vendita, ciò non ostante il venditore prevarrebbe. Non vi ha vero conflitto fra il condividente e il venditore, perchè il diritto del condividente non si esercita che sull'immobile smembrato a profitto del venditore. Se la divisione avesse preceduto la vendita, il condividente, creditore d'un diritto di saldo o di garanzia, sarebbe preferito al compratore per la stessa ragione.

Vi è anche un altro motivo, in questo caso, di decidere così, ed è che non v'ha concorso fra creditori d'un medesimo debitore. Il debitore del condividente è il comunista che ha figurato nella divisione, e il debitore del comunista, divenuto venditore, è il terzo compratore. Così sono due diritti distinti quanto alla persona contro la quale si esercitano, e quindi non vi ha concorso fra creditori dello stesso debitore. Pertanto gli art. 13 e 14 (codice civile, art. 2096 e 2097) che regolano questo con-

corso sono fuori di causa. Il diritto del più antico deve dunque prevalere (1).

62. 'E possibile un conflitto fra un architetto e il venditore dell'immobile sul quale l'architetto acquista un privilegio per causa di lavori? No, perchè i loro diritti si esercitano su valori diversi. Il venditore ha un privilegio sull'immobile, senza comprendervi le migliorie, e l'architetto ha privilegio sulle migliorie senza comprendervi il valore del fondo. Così, quantunque il debitore, in questo caso, sia lo stesso, la cosa gravata dal privilegio è diversa. Ciò significa che non vi ha conflitto fra i due creditori privilegiati: ciascun d'essi esercita il proprio diritto sulla parte dell'immobile destinata al suo credito.

Vi ha una sentenza della Corte di Parigi in questo senso, ma la decisione è stata criticata, ed a ragione per quanto riguarda il regolamento degli interessi rispettivi del venditore e dell'architetto. Il venditore non esercita il privilegio pel prezzo di vendita stabilito nel suo contratto: egli non può reclamare il privilegio che sul valore constatato dal primo processo verbale che l'architetto ha fatto stendere prima dell'inizio dei lavori. Infatti, la legge attribuisce all' architetto il di più del valore che l'immobile acquista mediante le sue opere. Se all'atto della vendita dell'immobile, il prezzo d'aggiudicazione è inferiore al prezzo primitivo, esso si dividerà, sempre in forza della legge, fra il venditore e l'architetto, in modo che l'architetto consegua quello che il compratore gli dà, il maggior valore risultante dalle opere ed esistente al momento della vendita, e il venditore il di più. Non si tien dunque mai conto, come vuole la Corte di Parigi, del prezzo primitivo dell'immobile. Se non vi fossero stati lavori, il venditore avrebbe perduto, in conseguenza del deprezzamento dell'immobile, una parte del suo pegno. Egli deve sopportare questa perdita anche quando vi hanno lavori, perchè i lavori non possono profittare se non all'architetto che li fa (2).

63. 'E possibile un conflitto fra il permutante, il donante, il condividente e l'architetto? No, per le ragioni che abbiamo già esposte (n. 62). La situazione delle parti è identica, e quindi la soluzione dev'essere la stessa.

64. Il padrone può impiegare più imprenditori od operai pei lavori che eseguisce sul suo fondo. Ne risulta un concorso, ma non un conflitto, se si tratta d'una sola e medesima opera, della costruzione, per esempio, d'una casa. Si deve applicare il principio dell'articolo 14. Tutti gli operai hanno un solo privilegio che esercitano in concorso. Infatti, essi hanno tutti un privilegio sulla plusvalenza risultante dai loro lavori. Questo maggior valore non si stima separatamente pei diversi lavori

(1) Troplong, n. 81; Martou, t. II, p. 228, n. 611.
(2) Martou, *Commentario*, t. II, p. 228, n. 612.

dei muratori e dei falegnami: non vi sono due plusvalenze, ma una sola. Questa si divide fra tutti coloro che l'hanno procurata, in ragione dell'importo dei loro crediti.

Sarebbe altrimenti se il proprietario avesse eseguito lavori in tempi diversi. In questo caso, vi saranno tanti maggior valori quante sono le diverse opere. Dovrà dirsi per questo che vi sia concorso e conflitto fra gli imprenditori che hanno procurato il maggior valore? No, perchè l'oggetto del loro privilegio è diverso. Ciascuno eserciterà il suo sul maggior valore constatato dai processi verbali che si dovettero redigere (1).

65. Coloro che prestano fondi sono surrogati nel privilegio dei creditori che hanno pagato coi loro denari. Si applicano dunque i principii che governano la surrogazione. Ne risulta che il creditore, il quale riceve soltanto un pagamento parziale, è preferito, pel residuo del credito, al surrogato che lo ha soddisfatto. Che dovrà dirsi se il creditore riceve il pagamento da più persone? Esse concorrono quando hanno fatto questi pagamenti nello stesso tempo. Se hanno pagato il creditore in diverse date, si presenta una difficoltà molto seria, quella di sapere se il creditore può cedere il suo diritto di preferenza al secondo surrogato. Abbiamo esaminato la questione al titolo delle *Obbligazioni* (vol. XVIII, nn. 132 e 137) (2).

Art. 3. — Come si conservano i privilegi immobiliari.

§ I. — *Nozioni generali.*

66. « Fra i creditori, i privilegi *non producono effetto* a riguardo degli immobili se non in quanto siano resi pubblici mediante inscrizione sui registri del conservatore (art. 29, codice civile, art. 2106). L'art. 81 (codice civile, art. 2134) contiene una disposizione analoga per le ipoteche: « Fra i creditori, l'ipoteca non prende *grado* che dal giorno dell'inscrizione presa sui registri del conservatore ». Quello che l'art. 81 chiama *grado* l'art. 29 dice *effetto*. L'effetto dell'inscrizione è di determinare il grado dei creditori. Ciò però non è vero in modo assoluto rispetto ai privilegi. Per principio, il privilegio, una volta conservato, è preferito a tutti i creditori ipotecarii, anche a quelli che avessero presa inscrizione prima del creditore privilegiato (art. 12). 'E per questo che la legge, parlando dei privilegi, si serve della parola *effetto*, e non del vocabolo *ordine*. Diremo in qual senso i creditori privilegiati prevalgano ai creditori ipotecarii.

---

(1) Martou, *Commentario*, t. II, p. 227, n. 609.
(2) Cfr. Aubry e Rau, t. III, p. 481, note 4 e 5, § 291.

La legge dice in termini generali « *fra i creditori* », il che comprende anche i creditori chirografarii. Per principio, tutti i creditori si trovano nella stessa condizione, il patrimonio del debitore essendo il loro pegno comune. La regola subisce eccezione quando vi hanno creditori ipotecarii o privilegiati, ma i privilegi non hanno *effetto* che coll'inscrizione. Dunque il creditore privilegiato non gode del suo diritto di preferenza che quando il privilegio è stato reso pubblico.

Vi è anche un altro effetto inerente tanto ai privilegi quanto alle ipoteche, ed è il diritto di evizione. A termini dell'art. 96 (codice civile, art. 2166), « i creditori aventi privilegio o ipoteca *iscritti* sopra un immobile, lo seguono in qualunque mano passi per essere collocati o pagati secondo l'ordine dei loro crediti od inscrizioni ». Il diritto di evizione è dunque subordinato all'iscrizione, al pari del diritto di preferenza. In sostanza, tutti gli effetti dei privilegi e delle ipoteche dipenderanno dall'iscrizione. In questo senso si dice che la pubblicità è la base del nostro regime ipotecario.

67. Al capo delle *Ipoteche* esporremo le origini storiche della pubblicità e il complemento che la nostra legge ipotecaria ha dato a questo principio fondamentale assoggettandovi le ipoteche legali dei minori, degli interdetti e delle donne maritate, vale a dire organizzando una pubblicità completa senza alcuna eccezione. Pel momento, basta indicare i motivi della pubblicità. Essi si confondono con quelli che abbiamo svolti spiegando le disposizioni preliminari della nuova legge. La pubblicità delle transazioni immobiliari si collega intimamente colla pubblicità dei privilegi e delle ipoteche. Lo scopo è identico, quello d'assicurare il credito dei proprietarii d'immobili, dando ai terzi compratori o creditori ipotecarii una conoscenza completa della situazione del debitore col quale contrattano. Vi sono creditori che non stipulano garanzie reali e si contentano del pegno che presenta loro il patrimonio del debitore, ma almeno bisogna che possano assicurarsi che questo pegno è reale, che i beni non sono usciti dal patrimonio di colui col quale contrattano e che non sono gravati da privilegi e da ipoteche che assorbirebbero il loro pegno se il debitore si rendesse insolvente. 'E a questo scopo che la legge prescrive la pubblicità degli atti traslativi di diritti reali immobiliari e la pubblicità dei pesi che gravano i beni. La trascrizione e l'iscrizione si completano a vicenda e concorrono a dare ai terzi una conoscenza completa della solvibilità del debitore. Coloro che trattano con un proprietario, stipulando garanzie reali, hanno il medesimo interesse. A che servirebbe loro l'ipoteca che deve garantire il pagamento dei loro crediti, se si vedessero posposti a creditori anteriori di cui non avrebbero potuto conoscere i diritti, le ipoteche ed i privilegi essendo, supponiamo, occulti? Ciò che dovrebbe essere una garanzia diverrebbe un'alea, e, in queste condizioni, i capitalisti non presterebbero i loro fondi, o non li anticiperebbero

che a condizioni rovinose pel mutuatario, a fine di indennizzarsi colla enormità del beneficio del pericolo che corrono di perdere il loro capitale. Soltanto la pubblicità la più completa può garantire i loro diritti, e quando essi possono trattare sicuramente col proprietario, le condizioni del credito che gli accordano diventano più favorevoli. Così il credito del proprietario dipende dalle garanzie ch'egli offre a coloro che prestano i fondi, e queste garanzie sono inerenti alla pubblicità. Ora, il credito dei proprietarii interessa la società, poichè offre loro i mezzi di darsi ad imprese agricole od industriali. La ricchezza pubblica è in un rapporto necessario colla ricchezza privata, e la ricchezza dei popoli è un elemento essenziale della loro civiltà.

68. La pubblicità non è prescritta che riguardo ai privilegi immobiliari. Perchè la legge non ordina la pubblicità dei privilegi sui mobili? I terzi compratori sono interessati alla pubblicità dei privilegi e delle ipoteche, perchè i diritti che colpiscono gl'immobili smembrano la proprietà ed espongono i terzi possessori ad essere evitti. Coloro che acquistano oggetti mobiliari non sono esposti a questo pericolo, essi sono al coperto da ogni evizione quando siano di buona fede, perchè i mobili non subiscono evizione ed il terzo possessore può respingere le azioni reali che si intentassero contro di lui col principio che in fatto di mobili il possesso vale titolo.

Rimangono i terzi creditori che contrattano col debitore sulla fede della sua ricchezza mobiliare. Essi hanno un interesse incontestabile a conoscere i privilegi che saranno loro preferiti, e che possono togliere ad essi una gran parte del pegno sul quale contavano pel rimborso dei loro crediti. Se vi hanno terzi interessati alla pubblicità dei privilegi mobiliari, perchè la legge non l'ha ordinata? La difficoltà di organizzarla ha trattenuto il legislatore. I privilegi più comuni sono i privilegi generali, e questi sono accordati a crediti che si formano di giorno in giorno, come le somministrazioni d'alimenti, le spese d'ultima malattia. Tali sono pure, fra i privilegi speciali, le somministrazioni d'un albergatore. La necessità di renderle pubbliche per godere del privilegio avrebbe condotto a rendere i privilegi illusorii. Non è più un favore nè una garanzia quella che si trova subordinata a molteplici formalità che occorrerebbe adempiere giornalmente.

La difficoltà d'organizzare la pubblicità non è però un motivo perentorio per non prescriverla. Quello che lo prova si è che la legge belga ha subordinato alla condizione della pubblicità il privilegio del venditore d'una macchina, quando la macchina è immobilizzata. Accade lo stesso delle spese di conservazione delle macchine ed apparecchi usati negli stabilimenti industriali (volume XXIX, n. 487-492). Vi hanno dunque privilegi mobiliari la cui pubblicità non sarebbe stata più difficile di quella dei privilegi immobiliari. Ma ne sarebbero risultate spese, davanti alle quali i creditori avrebbero quasi sempre indietreggiato; di

modo che i privilegi più legittimi avrebbero corso il rischio di perire per mancanza di pubblicità.

Vi è un'ultima considerazione che spiega la differenza stablita dalla legge fra i privilegi mobiliari e i privilegi immobiliari, ed è che gli uni hanno minore importanza degli altri, perchè sono piccoli crediti da cui non risulta un danno notevole rispetto ai terzi che contrattano col debitore. Essi devono aspettarsi di essere posposti ai domestici, ai commessi, agli operai, ai fornitori, ai medici. È la legge che stabilisce tutti i privilegi, ed i più usuali non sono ignorati da nessuno. I privilegi immobiliari, al contrario, hanno un'importanza maggiore. L'interesse privato e l'interesse pubblico esigono che siano portati a conoscenza dei terzi. Ne dipende il credito del proprietario, mentre il credito non si misura in base alla ricchezza mobiliare, almeno quella che è tale da essere conosciuta.

69. La regola che i privilegi mobiliari sono soggetti alla pubblicità subisce un'eccezione riguardo alle spese di giustizia (art. 29). Esse sono preferite a tutti i creditori nell'interesse dei quali sono fatte, anche ai creditori privilegiati sugli immobili, senza che siano rese pubbliche. La ragione è semplice. I privilegi sono resi pubblici per avvertire i terzi che saranno posposti a certi crediti ai quali la legge attribuisce questo diritto di preferenza. Ora, i creditori ipotecarii o privilegiati, nell'interesse dei quali si fanno le spese di giustizia, non hanno bisogno d'essere avvertiti dell'esistenza di questo privilegio, perchè essi medesimi anticipano le spese, o sanno che si fanno, essendo impossibile ch'essi esercitino il loro diritto di prelazione senza far spese di conservazione, di vendita e di distribuzione dei denari.

70. Dopo aver stabilito il principio che i privilegi si conservano coll'inscrizione, al pari delle ipoteche, la legge soggiunge che i privilegi nascenti da atti traslativi o dichiarativi di diritti reali immobiliari si conservano colla trascrizione di questi atti. Sono i privilegi del venditore, del permutante, del donante e dei condividenti. Significa ciò che questi privilegi non si conservano coll'inscrizione, per modo che vi sarebbero privilegi che devono essere inscritti ed altri che non devono esserlo, perchè conservati dalla trascrizione? La questione è controversa. Vi ritorneremo. Anche ammettendo che questi privilegi possano essere inscritti, è certo che, di fatto, non si inscrivono perchè i creditori non vi hanno alcun interesse, i loro diritti essendo tutelati dalla trascrizione, e non sono compromessi nemmeno supponendo che non vi sia trascrizione, perchè, in questo caso, i creditori sono considerati come proprietari a riguardo dei terzi. Ritorneremo sull'argomento.

Dicendo che i privilegi non hanno effetto se non quando sono stati inscritti, la legge s'esprime in modo troppo assoluto, poichè i privilegi più importanti, più usuali si conservano per ciò solo che l'atto dal quale nascono è stato trascritto. L'inscrizione come mezzo di conservazione dei privilegi, invece di essere la

regola, è piuttosto un'eccezione alla regola. La legge ammette cinque privilegi immobiliari (art. 27), e di questi cinque privilegi ve ne sono quattro che si conservano mediante trascrizione. È dunque la trascrizione anzichè l'inscrizione la condizione generale richiesta per la conservazione dei privilegi. A primo aspetto la redazione della legge non si spiega. Perchè porre come regola generale la necessità dell'inscrizione quando su cinque privilegi ve n'ha uno solo che debba essere inscritto? E perchè la legge non ha mantenuto la regola dell'inscrizione rispetto ai privilegi del venditore, del permutante, del donante e dei condividenti? La quistione non è scevra di difficoltà. Dobbiamo vedere anzitutto in qual senso la trascrizione conserva i privilegi che procedono da atti traslativi o dichiarativi di proprietà immobiliare.

§ II. — *Dei privilegi che si conservano colla trascrizione.*

71. « Il venditore conserva il suo privilegio colla trascrizione del titolo che ha trasferito la proprietà e che constata essergli dovuta la totalità o parte del prezzo » (art. 30). Così la trascrizione non conserva il privilegio del venditore se non sotto una condizione, cioè che l'atto trascritto constati l'esistenza del privilegio, menzionando che il prezzo resta dovuto in tutto o in parte. Lo scopo della trascrizione, come quello dell'inscrizione, è di far conoscere ai terzi che l'immobile venduto trovasi gravato d'un privilegio e quale è l'importo di questo privilegio. Quando la pubblicità si fa mediante inscrizione, il creditore che la chiede deve consegnare al conservatore una nota che indichi l'importo del capitale e degli accessori del credito pel quale l'inscrizione vien chiesta (art. 83 4.° codice civile, art. 2148, 4.°). La trascrizione tien luogo d'inscrizione (art. 34), e quindi deve contenere le stesse indicazioni nell'interesse dei terzi. D'altronde la trascrizione è seguita da un'inscrizione d'ufficio presa dal conservatore delle ipoteche in base all'atto che ha trascritto. Bisogna, per conseguenza, che quest'atto contenga tutte le menzioni che la legge esige per l'inscrizione.

Quale è la menzione che l'atto deve contenere? Che è dovuto il prezzo. Bisogna dunque anzitutto che l'atto di vendita indichi il prezzo, vale a dire la somma di denaro per la quale l'immobile è venduto. Poi deve constatare che questo prezzo non fu pagato. Se l'atto non contiene queste menzioni, la sua trascrizione sarebbe inefficace, poichè non apprenderebbe ai terzi che l'immobile è gravato di un privilegio, o non farebbe loro conoscere l'importo del credito privilegiato, ciò che è un elemento essenziale della pubblicità, avendo i terzi interesse a conoscere non solo l'esistenza del privilegio, ma anche l'importo del credito che sarà loro preferito.

Il prezzo può pure, almeno in parte, consistere in oneri. Se si tratta di prestazioni pecuniarie, non vi è alcuna difficoltà: l'atto farà necessariamente conoscere l'importo degli oneri, per ciò solo che li menziona. Ma l'onere può consistere in prestazioni di derrate o in un'obbligazione di fare. Occorre, in questo caso, che gli oneri siano liquidati, ossia valutati in denaro? La questione è controversa. Fu giudicato che la menzione dell'onere basta, poichè la legge non esige altro (1). La cosa ne sembra assai dubbia. È vero che in materia di privilegi tutto è di stretta interpretazione, e non si possono esigere condizioni che la legge non prescrive, nè aggiungerne a quelle ch'essa stabilisce. Ma si può e si deve interpretare il testo secondo lo spirito della legge. Ora, che cosa vuole la legge? Che sia menzionato il prezzo, e che sia detto nell'atto se il prezzo o parte di esso rimane dovuto. Il prezzo consiste in denaro. Ecco perchè la legge non esige una valutazione. Se il prezzo consiste, in tutto o in parte, in prestazioni, queste devono essere liquidate, altrimenti i terzi non sapranno quale sia il credito privilegiato. Sotto l'impero del codice civile ciò poteva parer dubbio, ma la nostra legge è più precisa e più esigente; essa vuole la pubblicità più completa. Ecco perchè subordina l'esistenza stessa del privilegio alla menzione esatta del credito nell'atto. Se il credito non è liquido, le parti devono liquidarlo; se è eventuale, debbono farne una stima approssimativa (art. 27, nn. 2, 3 e 4, e art. 31 e 32). La parola *prezzo* deve essere interpretata nello stesso senso. Se dunque esso consiste in oneri, deve essere fissato in denaro, altrimenti la pubblicità è incompleta, e, secondo lo spirito della legge, essa deve essere completa (2).

La questione presenta un'altra difficoltà. Gli autori e la giurisprudenza suppongono che vi sia vendita quando il prezzo consiste in oneri non pecuniarii. A nostro avviso, è un contratto innominato, ed, essendo i privilegi della più stretta interpretazione, non si può estendere ad un contratto innominato il privilegio che la legge accorda al prezzo di vendita. Dunque il preteso venditore non avrà privilegio, ma potrà soltanto chiedere la risoluzione del contratto in forza della condizione risolutiva tacita sottintesa nei contratti sinallagmatici (art. 1184). Tale sarebbe una convenzione colla quale l'acquirente di un immobile si obblighi a mantenere il venditore per tutta la vita. L'onere consiste in un'obbligazione di fare. Ora, una simile obbligazione non è un prezzo: vi ha contratto innominato, non vendita (vol. XXIV, n. 70). Gli oneri, stando al rigore dei principii, non dànno luogo ad un privilegio che quando costituiscono un accessorio del prezzo stipulato in denaro: essi si confondono, in questo caso, col prezzo.

---

1) Rigetto, 12 giugno 1855 (Dalloz, 1855, 1, 314).

2) Martou, t. II, p. 254, n. 640. In senso contrario, Pont, t. I, p. 280, n. 267, e Cloes, *Commentario*, t. I, p. 496, nn. 815 e 816.

72. « I copermutanti conservano reciprocamente il loro privilegio sugli immobili permutati colla trascrizione del contratto di permuta constatante che son dovuti loro saldi, regressi od una somma, a titolo di danni ed interessi, in caso di evizione » (art. 31). Perchè il privilegio del permutante si conservi colla trascrizione, bisogna che l'atto faccia conoscere il credito privilegiato e l'ammontare di questo. Il principio ed il motivo su cui si fonda sono quegli stessi che abbiamo esposti pel venditore (n. 81) Pel privilegio di saldo non vi è difficoltà, poichè il saldo consiste di regola in denaro. Quanto al privilegio per causa d'evizione, la legge vuole che l'atto contenga una somma fissa a titolo di danni ed interessi. Ciò conferma l'opinione che abbiamo adottata per gli oneri che fanno parte del prezzo di vendita. La legge vuole una somma fissa affinchè i terzi abbiano conoscenza esatta del credito privilegiato. È l'applicazione ai privilegi del principio di specialità, il quale si collega intimamente col principio della pubblicità. Non vi è pubblicità quando i terzi non apprendono, dai registri del conservatore, l'importo del credito.

73. « Il donante conserva il suo privilegio per gli oneri pecuniarii od altre prestazioni liquide, imposte al donatario, colla trascrizione dell'atto di donazione constatante i detti oneri e prestazioni » (art. 32). È sempre l'applicazione dello stesso principio e la conferma della nostra dottrina concernente la vendita (n. 71). Gli oneri in materia di donazione rispondono al prezzo in materia di vendita. Ebbene, la legge non si contenta della menzione degli oneri imposti al donatario, assimilato, sotto questo rapporto, al venditore; essa vuole che gli oneri siano conosciuti dai terzi in modo esatto, ed esige, per conseguenza, che le prestazioni siano liquidate quando non sono pecuniarie. Dunque deve accadere lo stesso per gli oneri che fanno parte del prezzo di vendita, perchè le disposizioni degli articoli 30 e 32 sono l'applicazione di un solo e medesimo principio.

74. « Il coerede o condividente conserva il suo privilegio colla trascrizione dell'atto di divisione o dell'atto di licitazione » (articolo 33). A quale condizione? La legge non lo dice. Se ne conchiuderà che il privilegio sarebbe conservato anche quando l'atto di divisione non facesse conoscere i crediti privilegiati e l'importo di questi? La domanda non ha senso. Bisogna combinare l'art. 33 con l'art. 27, 4.°, che determina le condizioni richieste per l'esistenza del privilegio dei condividenti. La legge accorda un privilegio pel saldo. Bisogna dunque che l'atto di divisione faccia conoscere il saldo e l'importo del conguaglio. La legge privilegia il prezzo di licitazione, e per conseguenza l'atto deve indicare il prezzo. Infine, l'indennità in caso di evizione è privilegiata. Qui la legge esige una condizione che si collega alla conservazione del privilegio. L'atto deve contenere la stipulazione d'una somma fissa pel caso d'evizione. Se questa clausola non vi si trovasse, la trascrizione dell'atto

di divisione non conserverebbe il privilegio di garanzia. Invano l'erede evitto direbbe che l'art. 33 non prescrive questa condizione, gli si risponderebbe che la trascrizione non può conservare un privilegio che non esiste. Ora, il privilegio di garanzia, secondo l'art. 27, non esiste se non vi è fissata l'indennità dovuta in caso di evizione.

75. Vi è un altro creditore privilegiato il cui diritto si conserva colla trascrizione degli atti di vendita, di permuta, di donazione e di divisione: è il mutuante surrogato nei diritti dei mutuatarii. Ciò implica che la surrogazione sia constatata nell'atto di divisione. La trascrizione dell'atto farà, in questo caso, conoscere ai terzi l'esistenza e l'ammontare del privilegio nel quale il mutuante è surrogato (art. 34). La legge soggiunge che il mutuante surrogato può chiedere la trascrizione, la quale conserverà il suo privilegio. Egli è parte nell'atto, ed ha interesse a che la trascrizione si faccia perchè il suo privilegio sia conservato. La legge ha dunque dovuto permettergli di far trascrivere l'atto col quale egli è surrogato, e, la trascrizione facendo conoscere il suo privilegio, questo è per ciò stesso conservato. Se la surrogazione non è constatata nell'atto soggetto alla trascrizione, il privilegio non sarà conservato, poichè non fu reso pubblico. Il terzo surrogato dovrà, in questo caso, inscrivere la surrogazione, conformemente all'art. 5 della legge ipotecaria.

76. Tali sono le disposizioni della legge relative ai privilegi che si conservano colla trascrizione degli atti traslativi o dichiarativi di diritti reali immobiliari, quando i privilegi procedono da questi atti e vi sono menzionati. Attribuendo la conservazione di questi privilegi alla trascrizione, la legge intende stabilire che non si conservano coll'inscrizione? La legge non dice questo. Essa comincia col porre come regola generale che i privilegi devono essere inscritti per produrre effetto fra i creditori. Dunque tutti i privilegi sono conservati coll'inscrizione, e, per conseguenza, anche i privilegi del venditore, del permutante, del donante e del condividente a meno che non vi sia un'eccezione per questi privilegi. Si dirà che l'eccezione esiste negli articoli 30-34, secondo i quali i detti privilegi si conservano colla trascrizione? Sarebbe attribuire alla legge quello ch'essa non vuole, perchè il dire che certi privilegi si conservano colla trascrizione non significa punto che l'inscrizione non li conservi.

Si fa un'altra obbiezione. L'inscrizione, si dice, è inutile, se è fatta dopo la trascrizione, perchè la trascrizione basta per conservare il privilegio. La questione è una di quelle ipotesi scolastiche che non hanno senso, perchè non si presentano mai nella pratica. Un creditore andrà forse a prendere inscrizione, ossia a far delle spese per conservare un diritto che è mantenuto colla trascrizione (art. 35)? Non può dunque trattarsi che di un'inscrizione presa prima della trascrizione. Anche questa questione non ha interesse pratico. Non vi sono creditori che siano disposti a

fare spese inutili. Ora, finchè la trascrizione degli atti traslativi di proprietà non è fatta, la proprietà non è trasferita a riguardo dei terzi (art. 1), e, per conseguenza, la cosa rimane ancora nel dominio di colui che l'ha alienata. Ora, il proprietario non è interessato a prendere inscrizione sopra un immobile che l'acquirente non può gravare d'alcun diritto reale a vantaggio dei terzi, poichè non ne è proprietario a loro riguardo. Ritorneremo su questo punto. Se si ammette la nostra opinione, è certo che l'inscrizione fatta prima della trascrizione è inutile e frustranea, e che nessun creditore la farà. Ma vi ha controversia sul principio, come noi l'intendiamo, e, nel dubbio, il creditore privilegiato, vedendo che l'acquirente non trascrive, vorrebbe conservare il suo privilegio facendolo inscrivere. Si domanda se lo possa.

Vi ha un dubbio. L'inscrizione è presa per conservare il diritto reale che il privilegio accorda al creditore, diritto in forza del quale egli è preferito agli altri creditori del debitore. Ora, può il venditore avere un privilegio sopra un immobile che, a riguardo dei terzi, è ancora nel suo dominio? Si può avere un diritto reale sopra una cosa di cui si è proprietarii? No. Dunque l'inscrizione non si concepisce (1). Questo è vero secondo la sottigliezza del diritto, ma è vero anche secondo il testo e lo spirito della legge? Se il legislatore fosse stato d'avviso che il privilegio del venditore non si conserva coll'inscrizione, non avrebbe posto come regola che l'inscrizione conserva tutti i privilegi. Secondo questa opinione, l'art. 29 non avrebbe più senso, perchè la legge non conosce che cinque privilegi immobiliari. Essa dice come si conservi il privilegio dell'architetto (art. 38). L'art. 29 è dunque estraneo a questo privilegio. Restano quelli del venditore, del permutante, del donante e del condividente. Se questi privilegi non si conservano coll'iscrizione, perchè la legge attribuisce la loro conservazione alla trascrizione, a quali privilegi si applicherà l'art. 29? Non resta che il privilegio dei mutuanti surrogati. Ora, l'art. 5 ne prescrive la pubblicità e determina il modo di questa. In definitiva, l'art. 29 resterebbe senza possibile applicazione e sarebbe una disposizione senza scopo. Bisogna dunque ammettere che, nel concetto del legislatore, i creditori privilegiati il cui diritto si conserva colla trascrizione possano, prima che la trascrizione sia fatta, prendere iscrizione sull'immobile gravato del loro privilegio. È ciò contrario al principio che non si può avere un diritto reale sulla propria cosa? In fatto, no, perchè il venditore cessa d'essere proprietario a riguardo del compratore dal momento che la vendita è perfetta. Ora, è contro il compratore che egli prende inscrizione. In questo senso la sua inscrizione è valida. Se sono

---

(1) Pont, t. I, p. 274, n. 263; Cloes, t. I, p. 504, n. 827. In senso contrario, Martou, t. I, p. 253, n. 638.

in causa terze persone, per conseguenza d'atti di disposizione fatti dal compratore, ciò non può invalidare un'iscrizione valida nel suo principio. Così bisogna escludere l'obbiezione che si oppone al creditore che vuole prendere inscrizione. Egli è piuttosto creditore che proprietario, perchè ha cessato di essere proprietario a riguardo del compratore.

Se insistiamo tanto sui veri principii in una questione che non ha interesse pratico, è perchè importa precisare le idee nella difficile materia della conservazione dei privilegi. I principii elementari ci aiuteranno a risolvere questioni controverse e dubbie.

77. L'interpretazione che noi diamo all'art. 29 fa nascere una nuova difficoltà. Ne risulta che i creditori privilegiati, salvo l'architetto, hanno due modi di conservare il loro privilegio, l'inscrizione e la trascrizione. Questa teoria difficilmente si comprende. Se l'inscrizione conserva i privilegi, come dice l'art. 29, è il creditore privilegiato che deve vegliare alla conservazione del suo diritto, perchè è il creditore che chiede l'iscrizione (art. 2148, legge ip., art. 83), e se lo fa, la trascrizione, per quanto la riguarda, è inutile. Se è la trascrizione che conserva il privilegio, allora il compratore, vale a dire il debitore, conserva il privilegio del creditore, perchè è lui che chiede la trascrizione, e, in questo caso, l'iscrizione è inutile. Si concepisce ora che la legge dica ad un tempo che il privilegio si conserva dal debitore e dal creditore? Il creditore dirà che egli non ha bisogno di far inscrivere il suo privilegio e di pagar spese per questo titolo, poichè la legge dispone che il suo privilegio è conservato colla trascrizione di cui il debitore deve sopportare le spese. E il debitore, se non vuol fare la trascrizione nel suo interesse, non la farà certo nell'interesse del creditore. Non vi sarà dunque nè iscrizione nè trascrizione. Il sistema pare certo singolare, e bisogna dare una spiegazione di questa apparente singolarità. È quanto tenteremo di fare.

§ III. — *Scopo ed effetto della trascrizione come mezzo di conservare i privilegi.*

78. Gli articoli 30-34 non esistevano nel progetto della commissione sottoposto alle deliberazioni delle Camere. Essi sono stati introdotti nella legge sulla proposta del ministro della giustizia, allo scopo di prevenire gli inconvenienti che risultano dalla retroattività dei privilegi quando la loro conservazione è attribuita all'iscrizione. Prima d'esporre il nuovo sistema proposto dal ministro e adottato dalle Camere, dobbiamo esaminare il principio della retroattività dei privilegi, quale era formulato dalla commissione speciale. Questo principio si riannoda all'articolo 12, di cui abbiamo rinviata la spiegazione. È da questa

disposizione che dobbiamo cominciare l'esame delle difficoltà che presenta la conservazione dei privilegi immobiliari.

79. I privilegi hanno, per loro natura, un effetto retroattivo? L'art. 12 sembra dirlo poichè definisce il privilegio « un diritto che la *qualità* del credito dà ad un creditore d'essere preferito agli altri creditori, *anche ipotecarii* ». Se la *qualità* del credito assicura al creditore privilegiato la preferenza a riguardo degli altri creditori, la pubblicità è indifferente. Poco importa la data nella quale un privilegio è reso pubblico. Dal momento che esso è conservato opera gli effetti che vengono attribuiti alla qualità del credito, e, in forza di questa qualità, è preferito a tutti gli altri creditori, anche anteriori. In questo senso, è della natura del privilegio di retroagire. Troviamo un esempio di questa retroattività nel privilegio dell'architetto. Esso si conserva coll'inscrizione dei due processi verbali che devono essere stesi perchè il privilegio esista, e se l'inscrizione è stata fatta come la legge prescrive, l'architetto sarà preferito a tutti i creditori ipotecarii inscritti prima di lui. Questa preferenza si spiega colla qualità del credito privilegiato e coll'oggetto del privilegio. L'architetto arricchisce il patrimonio del debitore comune, ed è quindi giusto che sia pagato sul prezzo del fondo che ha migliorato coi suoi lavori fino a concorrenza della plusvalenza che gli ha procurato. Il privilegio retroagisce nel senso che è preferito ai crediti inscritti prima di quello dell'architetto. Ma in questa retroattività non si attenta ad alcun diritto acquisito. A dire il vero, i creditori anteriori e l'architetto esercitano il loro diritto su valori diversi, i creditori anteriori sul valore che ha l'immobile, indipendentemente dai lavori che vi sono stati eseguiti, e l'architetto sul maggior valore risultante dalle opere. Ora, i creditori posteriori all'inscrizione del primo processo verbale non hanno potuto contare su questo maggior valore, poichè, al momento in cui essi hanno contrattato, avevano conoscenza del privilegio che l'architetto avrebbe acquistato coi suoi lavori. Quanto ai creditori inscritti innanzi al primo processo verbale, essi avevano veramente un diritto sui lavori di miglioria, nel senso che il loro diritto colpisce queste migliorie, ma non possono opporre tale diritto che ai creditori chirografarii, non possono opporlo ai creditori privilegiati, perchè si arricchirebbero a loro danno, e nessuno può arricchirsi, senza causa, a spese altrui.

80. La retroattività, così intesa, si concilia coi principii generali di diritto. Sarebbe contrario a questi principii che i privilegi retroagissero togliendo un diritto acquisito. Ora, l'ipoteca, come ogni altro diritto reale, attribuisce al creditore un diritto sulla cosa. La proprietà dell'immobile ipotecato è smembrata a vantaggio del creditore ipotecario: questi non può essere spogliato del suo diritto da un privilegio sorto quando l'ipoteca è divenuta efficace a riguardo dei terzi colla sua inscrizione. In teoria, l'ipoteca inscritta deve prevalere al privilegio posteriore. Io sono

proprietario di un immobile ipotecato. Lo vendo. La vendita mi dà un privilegio su questo immobile. Il privilegio prevarrà all'ipoteca? Se si prendesse alla lettera l'art. 12, bisognerebbe rispondere che il venditore, creditore privilegiato, è preferito al creditore ipotecario quando essi esercitano il loro diritto sullo stesso immobile. Eppure tutti sono concordi nel ritenere che l'ipoteca sarà preferita al privilegio, ma non s'intendono sul motivo di decidere. Il principio che abbiamo ricordato offre una spiegazione semplicissima della preferenza che si attribuisce al creditore ipotecario. Al momento in cui il privilegio nasce per effetto della vendita dell'immobile, questo immobile è gravato di un'ipoteca iscritta, e quindi smembrato a vantaggio del creditore ipotecario. Così il privilegio del venditore viene a colpire un immobile smembrato, il che è quanto dire che esso non colpisce l'immobile se non rispettando il diritto del creditore ipotecario. Dunque questi sarà preferito al venditore sul prezzo dell'immobile gravato ad un tempo da un'ipoteca e da un privilegio (1).

Ciò non è contestato. La sola difficoltà sta nel sapere se questa preferenza che si accorda ad un creditore ipotecario sopra un creditore privilegiato è una deroga al principio consacrato dall'art. 12. Noi non diciamo che sia un'eccezione alla regola, perchè, se fosse tale, dovrebbe essere formulata in un testo, e testo non v'ha. Noi diciamo che il privilegio non può essere preferito all'ipoteca in tutti i casi in cui concorre con un'ipoteca iscritta al momento in cui il privilegio nasce, perchè, se il privilegio prevalesse all'ipoteca, si toglierebbe al creditore ipotecario un diritto acquisito. Ora, il legislatore mantiene sempre i diritti acquisiti. Il principio dell'art. 12 non può dunque ricevere applicazione che quando il privilegio concorre con un'ipoteca posteriore. In questo caso, il privilegio, quantunque non sia inscritto che posteriormente all'ipoteca, prevale per la sua natura, vale a dire per la qualità del credito. Diremo più avanti in qual modo la nuova legge garantisce i diritti del creditore ipotecario che si trova posposto ad un creditore privilegiato, il cui diritto non era reso pubblico al momento dell'iscrizione dell'ipoteca.

Vi è un'altra spiegazione della preferenza che spetta al creditore ipotecario sul privilegio che nasce quando il diritto del creditore ipotecario è acquisito a riguardo dei terzi. Si dice che, nel caso da noi supposto, non vi ha realmente concorso fra il creditore privilegiato e quello ipotecario, poichè essi hanno un debitore diverso. Il venditore ha per debitore il compratore, e il creditore ipotecario ha per debitore sia il venditore, sia un proprietario anteriore che ha contratto il debito ipotecario. Ora, il privilegio, vale a dire la preferenza a riguardo d'altri

---

(1) DURANTON, t. XIX, p. 26, n. 26; MOURLON, *Ripetizioni*, t. III, p. 497, numero 1249, e *Esame critico*, t. I, p. 76, n. 29.

creditori ipotecarii, implica che i diversi creditori esercitino i loro diritti sui beni del medesimo debitore. Quando esercitano i loro diritti sui beni di debitori diversi, non concorrono e quindi non si può dire che l'uno sia preferito all'altro (1). Ci pare che la spiegazione lasci alquanto a desiderare. L'ipoteca, nella specie, e il privilegio colpiscono lo stesso bene, poichè è un solo e medesimo prezzo che vien distribuito fra il creditore privilegiato e quello ipotecario. In questo senso, essi concorrono e vi ha conflitto fra loro. Si ammette che il creditore privilegiato è posposto a quello ipotecario, poichè questi vien soddisfatto sul prezzo prima dell'altro. Dunque vi ha un'apparente eccezione all'art. 12, il quale dice in termini assoluti che il creditore privilegiato è preferito ai creditori ipotecarii.

Una cosa è certa, qualunque sia la spiegazione che si addotta, cioè che il privilegio non retroagisce nel caso in cui nasce quando l'immobile è gravato da un'ipoteca iscritta. Ed è questo soltanto che noi vogliamo constatare. Se dunque è della natura del privilegio di retroagire, ciò non può avvenire se non nel senso che il privilegio è preferito alle ipoteche costituite posteriormente al momento in cui il credito privilegiato è sorto. È questa l'ipotesi che esamineremo. I lavori preparatorii ci apprendono che gli autori della legge, ben lungi dal consacrare la retroattività dei privilegi, hanno organizzato la conservazione dei privilegi in modo da tutelare ad un tempo i diritti del creditore privilegiato e quelli dei terzi creditori ipotecarii.

81. Il codice civile non ammetteva che tre privilegi, quelli del venditore, del condividente e dell'architetto. Quanto al privilegio dei mutuanti, che esso classificava fra i privilegi immobiliari, non era che la surrogazione ad uno di questi tre privilegi, e quindi si confondeva con essi. Abbiamo detto in qual senso il privilegio dell'architetto retroagisce, e vi ritorneremo ancora trattando della conservazione di questo privilegio. Il privilegio del venditore si conservava colla trascrizione dell'atto di vendita (art. 2108). Questo sistema, tolto alla legge di brumajo, suppone che sia richiesta la trascrizione perchè la vendita abbia effetto a riguardo dei terzi. Era il principio consacrato dal progetto di codice civile. Disgraziatamente il principio scomparve, come abbiamo detto altrove, senza che si sappia come (vol. XXIX, nn. 28 e 29). Quindi la conservazione del privilegio del venditore mediante la trascrizione non aveva più ragion d'essere, eppure così stava scritto nel codice, donde inestricabili imbarazzi. Anche il codice civile disponeva che i privilegi si conservano coll'inscrizione, ma l'art. 2106 diceva che i privilegi non avevano effetto *che a contare dalla data di questa iscrizione*. Come conciliare l'art. 2106 coll'art. 2108? Lo

(1) MARTOU, *Commentario*, t. II, p. 10, n. 295.

si tentò invano; la conciliazione era impossibile. Fu sacrificato l'art. 2106. Esso venne interpretato nel senso che il privilegio del venditore, a dir vero, non produceva effetto se non quando era inscritto, ma che, una volta inscritto, era preferito a tutti i creditori ipotecarii, anche inscritti anteriormente. Era la completa retroattività. Il privilegio del venditore restava occulto, la vendita non essendo soggetta alla trascrizione. I terzi credevano di contrattare con sicurezza col proprietario dell'immobile. Allora appariva improvvisamente il venditore, che faceva inscrivere il suo privilegio e che, per la qualità del proprio credito, era preferito alle ipoteche. Questo sistema violava la legge, perchè era in opposizione col testo formale dell'art. 2108, e ne risultava un pericolo incessante pei creditori ipotecarii (1).

Anche il privilegio del condividente pel saldo e il prezzo di licitazione retroagiva. Qui non vi era alcun dubbio. Il privilegio doveva essere inscritto entro i sessanta giorni, ed era preferito alle ipoteche costituite entro questo termine (articolo 2109). Questa retroattività si comprende. Il privilegio nasceva a partire dall'atto di divisione, e quindi doveva essere preferito alle ipoteche posteriori, purchè fosse inscritto nel termine della legge. Ad ogni modo questo termine era lungo, e durante i due mesi che seguivano la divisione, i terzi non potevano trattare coi condividenti. Quello che aumentava l'inconveniente di questo sistema di pubblicità era che la divisione restava occulta, poichè non era soggetta alla trascrizione.

82. La retroattività dei privilegi, così organizzata, era disastrosa. Veniva criticata, e a giusto titolo, come uno dei vizii troppo numerosi del regime ipotecario stabilito dal codice civile. La commissione speciale che preparò la nuova legge dice, nella sua relazione, che essa ha voluto *restringere gli effetti della retroattività.* Essa manteneva dunque la retroattività. Secondo la sua opinione era della natura del privilegio operare con effetto retroattivo (2). Questa proposizione va intesa nel senso che il privilegio, una volta nato, deve essere preferito alle ipoteche posteriori in forza della qualità del credito privilegiato. Siccome, d'altra parte, i privilegi sono soggetti alla pubblicità, bisognava far retroagire l'effetto dell'inscrizione, come faceva l'art. 2109 pel privilegio del condividente (n. 81). La commissione speciale ammetteva questo sistema di pubblicità, ma, per diminuire il male che ne risultava, abbreviò il termine entro il quale l'iscrizione doveva essere presa. Essa lo fissò a quindici giorni, a partire dalla trascrizione dell'atto che dava vita al privilegio. Presa entro questo termine, l'iscrizione aveva effetto a partire dalla mutazione (art. 34 del progetto). La commissione credeva conciliare, con questo sistema, la retroattività

(1) MARTOU, *Commentario*, t. II, p. 250, nn. 634 e 635.
(2) Relazione della commissione speciale (PARENT, pp. 30 e 36).

del privilegio, vale a dire i diritti del creditore privilegiato, e i diritti dei terzi, essendo questi avvertiti che non potevano trattare cogli acquirenti prima che spirassero i quindici giorni successivi alla trascrizione della vendita. Se l'iscrizione non era presa nei quindici giorni, il privilegio degenerava in ipoteca, la quale non diveniva efficace e non prendeva grado che a datare dall'iscrizione.

83. Restringendo l'effetto della retroattività ed obbligando i creditori a prendere iscrizione entro un breve termine, la commissione speciale diminuiva gl'inconvenienti della retroattività, ma essi sussistevano in una certa misura. Per eliminarli completamente, il ministro della giustizia propose un nuovo sistema, quello che è formulato negli articoli 30-34. La conservazione dei privilegi è attribuita alla trascrizione degli atti che danno vita al credito privilegiato. Il Tesch dice benissimo che se la conservazione di questi privilegi è attribuita all'iscrizione presa dal creditore privilegiato, bisogna necessariamente, come faceva la commissione, lasciare un certo tempo al creditore per far iscrivere il suo privilegio. Per quanto breve sia questo termine, ne risulterà sempre che, durante il medesimo, il privilegio sarà occulto e gli si dà poi un effetto retroattivo pel tempo in cui il privilegio non era pubblico. L'inconveniente dell'antico sistema è diminuito, ma non cessa, mentre, secondo il sistema proposto dal ministro, scompare intieramente. Il privilegio conservandosi colla trascrizione, diviene pubblico dal giorno in cui la proprietà si consolida in testa al nuovo acquirente. Il privilegio che grava la proprietà è portato a conoscenza di tutti al momento in cui l'acquirente diviene proprietario a riguardo dei terzi, ossia al momento in cui i terzi possono trattare con lui (1).

Secondo questo sistema, che è quello della nostra legge, non può più essere questione di retroattività del privilegio. Non è fissato alcun termine per la trascrizione, e quindi neppure per la conservazione del privilegio. Il privilegio è reso pubblico al tempo stesso dell'atto traslativo o dichiarativo di proprietà dal quale procede. Prima della trascrizione non vi ha trasferimento di proprietà a riguardo dei terzi. Non vi ha dunque privilegio da conservare a loro riguardo; la proprietà non è trasmessa relativamente ai terzi che colla trascrizione, e questa conserva anche il privilegio. Prima della trascrizione non vi ha privilegio. Il privilegio non nasce, a riguardo dei terzi, che a partire dalla trascrizione.

84. Il nuovo sistema modifica profondamente il privilegio, quale è definito dall'art. 12, se si intende la definizione nel senso che è della natura del privilegio operare con effetto retroattivo. Tutti i privilegi consacrati dalla legge ipotecaria si conservano colla trascrizione, ad eccezione del privilegio del-

(1) Seduta della Camera dei rappresentanti del 4 febbraio 1851 (PARENT, p. 279).

l'architetto. Questo non retroagisce nel senso che non toglie ai creditori ipotecarii un diritto ad esso acquisito, ma cade sopra un valore creato dall'architetto e sul quale i creditori anteriori non avevano alcun diritto. Riguardo ai privilegi del venditore, del permutante, del donante e del condividente, essi non esistono, rispetto ai terzi, che a partire dalla trascrizione, ed è pure a partire da quel momento che i terzi possono acquistare diritti sull'immobile gravato del privilegio. Essi non possono dunque acquistare diritti che quando il privilegio è reso pubblico. Ne consegue che i loro diritti sono posteriori al privilegio. Se il privilegio è ad essi preferito, ciò accade meno in forza della qualità del credito che in forza della pubblicità che ha ricevuta. Dunque non si può più dire che il privilegio sia preferito alle ipoteche in forza della sua qualità, esso è preferito loro perchè, secondo il sistema della nuova legge, è necessariamente anteriore alle ipoteche che i terzi possono acquistare sull'immobile gravato di privilegio.

Non vi ha più che un privilegio che sia preferito alle ipoteche anteriori, è il privilegio delle spese di giustizia. Per meglio dire, l'esistenza di questo privilegio implica crediti anteriori senza i quali non si concepisce. Non vi ha ombra di retroattività in tale privilegio. I creditori ipotecarii e privilegiati sono obbligati a fare spese di conservazione, di liquidazione e di distribuzione per realizzare il loro diritto di preferenza, e devono naturalmente sopportare le spese che si fanno nel loro interesse.

Il senso che noi diamo al sistema di conservazione dei privilegi, quale è consacrato dalla nuova legge, non può essere contestato. Non è la nostra interpretazione, è la legge interpretata da colui che l'ha proposta, dal ministro di giustizia. Ma l'applicazione non è senza difficoltà. Bisogna distinguere fra gli atti traslativi di proprietà e la divisione.

§ IV. — *Applicazione del principio ai privilegi che nascono da un atto traslativo di proprietà.*

85. Vi sono tre privilegi che nascono da atti traslativi di proprietà, quelli del venditore, del permutante e del donante. Applicheremo il nuovo principio al privilegio del venditore, il solo che sia usuale. Quello che diremo del venditore si applica, alla lettera, al permutante ed al donante, poichè la vendita, la permuta e la donazione sono atti di identica natura dal punto di vista dei privilegi e della loro conservazione.

Quando il compratore trascrive l'atto di vendita prima di fare alcun atto di disposizione della cosa venduta, l'applicazione della nuova legge non solleva alcuna difficoltà. Di regola il compratore non trascriverà immediatamente, perchè vi è interessato. Se lo fa, corre pericolo di divenire vittima della mala fede del ven-

ditore, potendo questi vendere ad un secondo acquirente, il quale, trascrivendo, sarà proprietario a riguardo dei terzi. L'acquirente ha anche un altro interesse a trascrivere subito il suo atto di vendita, ed è che, se vuol fare un atto di disposizione purchessia, come alienare, ipotecare, non troverà nessuno che voglia trattare con lui finchè non avrà trascritto, poichè fino alla trascrizione egli non è proprietario a riguardo dei terzi. Se dunque egli è nel caso d'ipotecare, la prima condizione che il mutuante gli imporrà sarà che egli faccia trascrivere il suo atto d'acquisto. In questo senso, noi diciamo che di regola la trascrizione precederà ogni atto di disposizione che il compratore voglia fare. E, in questa ipotesi, la preferenza del venditore è assicurata colla trascrizione, che conserva il suo privilegio a riguardo di qualunque terzo e specialmente dei creditori ipotecarii posteriori. Egli è preferito loro non in forza della qualità del suo credito, ma in forza della pubblicità data al suo privilegio. La trascrizione equivale all'inscrizione. Si può dunque dire che il venditore è inscritto prima dei creditori ai quali il compratore concede un'ipoteca, e prevale ad essi per la priorità della sua inscrizione.

86. Il compratore può non trascrivere, e consentire un'ipoteca senza che il creditore esiga che il debitore cominci a trascrivere il suo atto d'acquisto. È una grande imprudenza da parte del compratore e dei terzi che trattano con lui, ed avverrà di rado che le parti contrattino così alla leggiera. È senza dubbio per ciò che la questione non si è presentata davanti i tribunali dopo la pubblicazione della nuova legge. Dobbiamo però prevedere l'ipotesi, poichè essa dà luogo a vivi dissensi nella dottrina. Il compratore non è proprietario a riguardo dei terzi finchè non ha trascritto. Rimandiamo, su questo punto, a quanto si è detto della trascrizione. Non essendo proprietario, egli non può ipotecare, e quindi l'ipoteca che consente non può essere opposta ai terzi. Anche questo è incontestabile. Può essere l'ipoteca opposta al venditore? A nostro avviso, no. Finchè il compratore non ha trascritto, il venditore resta proprietario dell'immobile a riguardo dei terzi; può dunque ipotecarlo, e quest'ipoteca potrebbe certamente essere opposta al compratore. Se l'ipoteca costituita dal venditore è valida contro il compratore, è impossibile che l'ipoteca costituita dal compratore possa essere opposta al venditore. Non vi ha che una sola persona che possa ipotecare l'immobile, quella che ne è proprietaria. Se il venditore può ipotecare, è perchè rimane proprietario finchè non sia seguita la trascrizione. Ora, si può invocare contro il proprietario un'ipoteca consentita da altri che da lui? Ciò non ha senso.

Si obbietta che questo sistema sacrifica i diritti del creditore ipotecario, che può essere di buona fede, al venditore, che è necessariamente di mala fede. L'obbiezione è poco seria. Nella specie non si tratta di buona fede. Il creditore ipotecario che tratta con un acquirente senza esigere che questi trascriva

innanzi tutto l'atto d'acquisto commette una grave imprudenza. Se il venditore alienasse, e l'atto di vendita fosse trascritto, egli sarebbe evitto dal secondo acquirente, malgrado la sua buona fede. Così pure non può invocare la sua buona fede contro il venditore, malgrado la mala fede di costui. Il venditore resta proprietario a riguardo dei terzi, e quindi rispetto ai creditori ipotecarii dell'acquirente.

Qui ci si arresta. Il compratore, si dice, è proprietario a riguardo del venditore. Dunque, in confronto del venditore egli può ipotecare, e, quindi, l'ipoteca può essere opposta al venditore. Rispondiamo che in tal modo si fa una falsa applicazione di un principio vero. La proprietà si trasferisce fra le parti pel solo effetto del contratto. Ciò vuol dire che la vendita produce tutti i suoi effetti fra il venditore e il compratore, quantunque non sia stata trascritta. Ma essa non ha effetto a riguardo dei terzi. Ora, il creditore ipotecario è un terzo, il che decide la questione.

Si dà anche un'altra forma all'obbiezione. L'atto non trascritto non può essere opposto ai terzi. Il venditore, si dice, non è certo un terzo a riguardo del compratore, e quindi non può invocare la mancanza di trascrizione nè contro il compratore, nè contro gli aventi causa di lui. Rispondiamo che gli *aventi causa* sono di troppo in questa argomentazione. Infatti, essi sono terzi, nel senso che non hanno figurato nell'atto. Se gli aventi causa sono terzi a riguardo del venditore, anche il venditore è un terzo a riguardo degli aventi causa. Invano si dice che il venditore non può mai invocare la mancanza di trascrizione, poichè questa non è stata stabilita che nell'interesse dei terzi. L'obbiezione non tien conto della parte che la trascrizione ha nella conservazione del privilegio del venditore. Questo privilegio si conserva colla trascrizione. Ciò non vuol dire soltanto che, se la trascrizione ha luogo, il privilegio del venditore è conservato, ma significa anche che, se la trascrizione non è stata fatta, non è caso di conservare il privilegio, perchè esso non esiste realmente a riguardo dei terzi che quando l'atto di vendita sia stato trascritto (n. 83). Fino allora, non essendo il compratore proprietario a riguardo dei terzi, il venditore non può aver privilegio contro i terzi, poichè egli è proprietario a loro riguardo, e il venditore non può aver privilegio sulla sua propria cosa. Il diritto del proprietario non può essere compromesso da un'ipoteca che il compratore non aveva il diritto di consentire. Se dunque il creditore ipotecario volesse agire ipotecariamente contro il venditore, questi lo respingerebbe, non in forza del suo privilegio, ma in forza del suo diritto di proprietà.

In questi termini si esprime il relatore della commissione del senato: « Se la vendita non è trascritta, dice d'Anethan, il privilegio non può esistere, poichè la vendita stessa non esiste a riguardo dei terzi » (1). La commissione speciale

---

(1) D'ANETHAN, *Relazione* (PARENT, p. 409).

diceva altrettanto, secondo il sistema di realizzazione che essa aveva proposto: « Se il compratore non ha fatto realizzare il suo titolo (o, secondo la nostra legge, se non l'ha fatto trascrivere), la trasmissione della proprietà non può operare a riguardo dei terzi, e quindi il compratore non ha potuto accordare diritti reali sul fondo a danno del privilegio del venditore » (1).

87. La questione che abbiamo discussa è controversa. Tutti ammettono che il creditore ipotecario, nella specie, non può opporre la sua ipoteca al venditore, ma gli autori non s'accordano sul motivo di decidere (2). Vi ha una interpretazione tutta diversa da quella da noi adottata. Essa si basa sulla retroattività del privilegio, e, se si vuole, sulla qualità del privilegio che, per sua natura, prevale al credito ipotecario (3). Questa interpretazione è in contrasto col principio della conservazione dei privilegi quale è stato spiegato dal ministro della giustizia che ne ha fatto la proposta, è in opposizione collo spirito del nostro nuovo regime sulla trasmissione della proprietà, quale venne formulato dalla commissione speciale (n. 86). Si suppone che il compratore consenta un'ipoteca prima d'aver trascritto l'atto d'acquisto, e che il creditore eserciti il suo diritto ipotecario. Può il venditore chiedere la preferenza sul creditore ipotecario in forza del suo privilegio? In questi termini è posta la questione. Ora, finchè l'atto di vendita non venne trascritto, non vi è trasmissione della proprietà, non vi è privilegio, e quindi non può trattarsi di esercitare un privilegio. A riguardo dei terzi, non vi ha venditore privilegiato, non vi ha che un proprietario, ed è quindi come proprietario che il venditore interviene. Egli oppone al creditore ipotecario, non il suo privilegio, ma il suo diritto di proprietà. Tali sono i principii formulati nelle relazioni delle commissioni. La spiegazione che combattiamo è dunque contraria allo spirito della legge, quale fu interpretata dagli stessi autori della legge ipotecaria.

88. Si dirà che le cose non andranno così. Se l'immobile è espropriato, il venditore si presenterà come creditore privilegiato, facendo trascrivere l'atto di vendita, e, dal momento che il privilegio è reso pubblico, è preferito all'ipoteca. Senza dubbio, il venditore può trascrivere, e quando è fatta la trascrizione, la proprietà sarà acquisita al compratore a riguardo dei terzi, e il venditore avrà il privilegio. Vi sarà dunque conflitto fra il creditore ipotecario inscritto prima della trascri-

---

(1) Relazione della commissione speciale (PARENT, p. 36).

(2) Vedi, nel senso della mia opinione, VALETTE, *Dell'effetto ordinario dell'iscrizione in materia di privilegi sugli immobili*, pp. 89-93; TROPLONG, *Privilegi*, n. 276; CLOES, t. I, p. 491, n. 806.

(3) MARTOU, t. II, p. 256, n. 641; ARNTZ, *Corso di diritto civile*, t. I, p. 698, numero 1711.

zione e il venditore il cui privilegio fu conservato colla trascrizione posteriore all'iscrizione dell'ipoteca. Chi prevarrà? Noi diciamo che prevarrà il venditore, non perchè il suo privilegio retroagisce, nè per la qualità del suo credito, ma perchè il suo privilegio è, in realtà, anteriore all'ipoteca. Infatti, a partire da qual momento la vendita e quindi il privilegio esistono? A partire dalla trascrizione. E quale è la data reale dell'ipoteca? Essa è stata inscritta prima della trascrizione dell'atto di vendita, ma l'inscrizione di un'ipoteca che non ha effetto a riguardo dei terzi non può darle efficacia, altro l'inscrizione non essendo che la manifestazione d'un diritto di cui suppone l'esistenza. L'ipoteca non esiste, a dire il vero, che a partire dal momento in cui l'atto di vendita è stato trascritto, e quindi l'ipoteca non acquista valore che con questa trascrizione. Malgrado l'anteriorità dell'inscrizione, l'ipoteca ha una data posteriore alla trascrizione, e quindi il privilegio del venditore è preferito all'ipoteca, senza retroattività alcuna, non in forza della qualità del credito, ma perchè esso è anteriore all'ipoteca. Stando al rigore dei principii, l'inscrizione è anzi radicalmente nulla o inesistente. Non si può inscrivere un'ipoteca che non esiste. Questa iscrizione, per la sua data, potrebbe ingannare i terzi. Poichè è inesistente, il creditore dovrà prenderne una nuova, la quale sarà proposta alla trascrizione anteriore del venditore, trascrizione che equivale all'inscrizione.

89. Si presenta una questione analoga sulla quale pure vi è controversia. Il compratore rivende l'immobile senza aver trascritto l'atto d'acquisto. Il subacquirente trascrive. Si domanda che cosa diverrà il privilegio del venditore primitivo. Se si applicano i principii come sono stati da noi esposti secondo i lavori preparatori, la soluzione è semplicissima. La prima vendita non essendo stata trascritta, l'acquirente non divenne proprietario a riguardo dei terzi. Rispetto a costoro, la proprietà risiede sempre nel venditore. Dunque il compratore che rivende la cosa non può trasmettere la proprietà a riguardo dei terzi. Non essendo proprietario in confronto ai terzi, non può trasmettere al compratore un diritto ch'egli stesso non ha. Ne consegue che il venditore primitivo resta proprietario a riguardo del subacquirente, e quindi questi non può opporgli il suo diritto di proprietà. Invano si obbietta che il venditore non è un terzo e ch'egli non può invocare la mancanza di trascrizione. Rispondiamo quanto abbiamo gia detto (n. 86), che il venditore rimane proprietario a riguardo dei terzi, ch'egli avrebbe per conseguenza potuto trasferire la proprietà al subacquirente che gli oppone il suo diritto di proprietà. Ora, è impossibile che il subacquirente opponga il suo diritto di proprietà a colui che è proprietario a suo riguardo e che avrebbe potuto trasferirgli la proprietà. Risponderemo ancora, dal punto di vista del privilegio, che non si tratta della decadenza dal privilegio, poichè la vendita non essendo stata trascritta, il venditore è rimasto proprie-

tario, e non è creditore privilegiato. È in forza del suo diritto di proprietà ch'egli respinge il terzo acquirente e non in forza del suo privilegio. Egli non può perdere un privilegio che non esiste finchè non è stata fatta la trascrizione. Se si oppone che in tal modo si sacrifica l'interesse del terzo acquirente all'interesse del venditore, ripeteremo quanto abbiamo detto del terzo creditore ipotecario. I terzi non devono contrattare con un proprietario il cui titolo d'acquisto non è stato trascritto. Se lo fanno, devono subire le conseguenze della loro imprudenza. È la risposta che dà la commissione speciale nella sua relazione in cui la controversia è stata preveduta. Trascriviamo la relazione in appoggio alla dottrina che sosteniamo in queste difficili materie, perchè ci troviamo in opposizione con Martou, l'eccellente commentatore della nostra legge ipotecaria, il quale non ha tenuto alcun conto dei lavori preparatorii (1), ciò che è troppo. Se le relazioni delle commissioni e le parole del ministro non sono la legge, servono almeno a spiegarla.

Ecco che cosa dice la commissione speciale: « Si è domandato se il venditore può ancora esercitare il suo privilegio sulla cosa venduta, quando il compratore, che non ha pagato il prezzo e che non ha fatto trascrivere il suo titolo, ha rivenduta la cosa stessa a un altro, che ha fatto trascrivere dopo aver pagato il prezzo ». Dopo aver constatato che la questione è controversa, la commissione soggiunge: « Tutte queste difficoltà scompaiono col progetto della commissione. Delle due cose l'una. O il compratore non ha fatto realizzare (vale a dire *trascrivere*) il suo titolo e, in questo caso, la trasmissione non può operare a riguardo dei terzi, *e quindi egli non ha potuto accordare diritti reali sull'immobile a danno del venditore* » (2). O il compratore ha fatto realizzare (*trascrivere*) il suo titolo, e, in questo caso, non vi ha alcuna difficoltà, tutti sono d'accordo.

§ V. — *Applicazione del principio ai privilegi che nascono dalla divisione.*

90. La legge applica al privilegio del condividente il principio che regola i privilegi del venditore, del permutante e del donante. Essa non fa alcuna differenza fra i privilegi che nascono da un atto dichiarativo di proprietà e quelli che originano dagli atti traslativi di proprietà. Secondo la teoria della nuova legge, tutti questi atti sono egualmente soggetti alla trascrizione, e

---

(1) MARTOU, t. II, p. 257, n. 642. In senso contrario, VALETTE, *Dell'effetto dell'iscrizione in materia di privilegio*, p. 92, seguìto da CLOES, t. I, p. 507, n. 830. L'opinione di MARTOU è generalmente seguìta.

(2) Relazione della commissione speciale (PARENT, p. 36).

siccome la trascrizione degli atti rende pubblici i privilegi che ne risultano, il legislatore ha attribuito la conservazione dei privilegi a questa pubblicità, senza distinguere fra la divisione la quale non fa che dichiarare la proprietà e gli atti che la trasferiscono. Vi è però una differenza fra queste due categorie d'atti. Non si può dire della divisione quello che abbiamo detto della vendita, cioè che i privilegi sono conservati nel momento stesso in cui il condividente diviene proprietario a riguardo dei terzi, perchè egli non acquista la proprietà colla divisione. L'atto di divisione dichiara soltanto ch'egli è sempre stato proprietario dei beni posti nella sua quota, a partire dall'indivisione. Così pure non è per far conoscere ai terzi il cambiamento che si è operato nella proprietà che la divisione deve essere trascritta, ma per apprendere loro che lo stato d'indivisione è cessato, e ch'essi non possono più contrattare con coloro che furono già comunisti siccome proprietarii di tutti i beni che erano stati indivisi tra loro, ch'essi non possono trattare con loro che come proprietarii esclusivi dei beni che hanno raccolti colla divisione. È al momento dell'indivisione che i comunisti sono divenuti proprietarii, e questo stato d'indivisione non è sempre reso pubblico, il fatto più frequente dal quale risulta l'indivisione, l'eredità, non essendo soggetto alla pubblicità. Vi ha dunque una grandissima differenza di principio fra lo scopo della pubblicità quando si tratta della divisione e lo scopo della pubblicità in materia d'atti traslativi della proprietà. Ed anche gli effetti sono considerevolmente diversi. Il legislatore non ne ha tenuto alcun conto, ed ha equiparato completamente la divisione alla vendita. Ma l'applicazione del principio solleva delle difficoltà. Dobbiamo indicarle benchè non presentino alcun interesse pratico. Importa sempre al diritto precisare i principii. Bisogna anzitutto distinguere, come abbiamo fatto per la vendita, se la divisione è o non è trascritta.

N. 1. — Della conservazione del privilegio quando la divisione è trascritta.

91. La divisione è trascritta. Ne risulta un privilegio a favore del primo condividente sugli immobili compresi nella quota del terzo. Posteriormente alla divisione si stabiliscono ipoteche su questi immobili. Quale sarà il loro effetto a riguardo del creditore privilegiato? A partire dalla trascrizione della divisione, i condividenti cessano d'essere comunisti a riguardo dei terzi. Essi non possono più alienare o ipotecare che gli immobili caduti nella loro quota. Se dunque è consentita da un condividente un'ipoteca sopra immobili che non sono compresi nel suo lotto, l'ipoteca è nulla, e, per conseguenza, non può esservi conflitto fra il creditore ipotecario e il creditore privilegiato. Perchè possa sorgere la questione del concorso bisogna supporre

nella specie che l'ipoteca sia stata consentita dal terzo condividente. Il creditore ipotecario sarà posposto al creditore del saldo, non per la qualità privilegiata del credito, ma perchè il privilegio che implica un'ipoteca privilegiata è anteriore all'ipoteca ed è stato conservato prima che l'ipoteca esistesse. È l'applicazione dell'art. 81 (codice civile, art. 2134): « Fra creditori l'ipoteca non ha grado che dal giorno dell'inscrizione presa sui registri del conservatore ». L'ipoteca è dunque necessariamente posposta al privilegio inscritto anteriormente. Ora, riguardo ai privilegi, la trascrizione vale inscrizione.

92. Su qu sto punto non vi ha alcun dubbio. Ma sorge qualche difficoltà se l'ipoteca è stata consentita dal terzo condividente durante l'indivisione sopra un immobile che è caduto nel suo lotto. Noi supponiamo sempre che risulti dalla divisione un privilegio di saldo su questo immobile. Se l'ipoteca fosse stata consentita da un altro condividente, cadrebbe e sarebbe considerata come inesistente, poichè costituita da un condividente che non ha mai avuto alcun diritto sull'immobile. Nella nostra ipotesi, l'ipoteca è valida, poichè il condividente che l'ha stabilita si ritiene sia sempre stato proprietario dell'immobile. È la conseguenza del principio che la divisione è dichiarativa *di* proprietà. Esiste, in questo caso, conflitto fra il creditore ipotecario e il creditore privilegiato. L'ipoteca è stata inscritta durante l'indivisione, e quindi ha grado anteriore al privilegio reso pubblico e conservato colla trascrizione dell'atto di divisione. Stando al principio che regola il grado delle ipoteche fra loro colla data dell'inscrizione, bisognerebbe decidere che l'ipoteca è preferita al privilegio. Anche noi crediamo che il privilegio è posposto all'ipoteca, ma bisogna vedere quale sia il vero motivo di decidere.

Durante l'indivisione, ciascuno dei comunisti può ipotecare come comproprietario gli immobili che posseggono per indiviso. Se in seguito l'immobile ipotecato è compreso nella quota di colui che ha consentito l'ipoteca, questa avrà effetto e grado a partire dall'inscrizione che ne fu presa durante l'indivisione. Al momento della divisione, e in forza della distribuzione delle quote, l'immobile gravato dal privilegio di saldo si trovava dunque smembrato a vantaggio del creditore ipotecario. Esso entra, così smembrato, nel lotto del condividente che è debitore del saldo. Il privilegio che, come tale, colpisce l'immobile, non può gravarlo che nello stato di smembramento risultante dall'ipoteca. È quanto dire che il creditore ipotecario deve prevalere al creditore privilegiato, poichè egli ha un diritto acquisito sulla cosa al momento in cui il privilegio sorge. Ora, secondo la nostra opinione, l'ipoteca anteriore al privilegio è preferita al creditore privilegiato (n. 86). Noi applichiamo al condividente il principio che governa il privilegio del venditore, il che è perfettamente logico, poichè la legge equipara i due privilegi.

93. Si obbietta che il privilegio prevale all'ipoteca, in forza

dell'art. 12 che accorda al creditore privilegiato la preferenza sui creditori ipotecarii. Abbiamo già risposto all'obbiezione (nn. 78 e 85). Se si interpreta l'art. 12 nel senso che il privilegio è preferito alle ipoteche anteriori per la qualità privilegiata del credito, si fa retroagire il privilegio, togliendo al creditore un diritto che gli è acquisito. Ora, lo scopo della pubblicità organizzata dal legislatore belga è stato precisamente d'evitare la retroattività che i privilegi avevano secondo il sistema del codice civile. La legge intende dunque mantenere i diritti acquisiti, il che è decisivo.

Si fa un'altra obbiezione molto speciosa. Il terzo condividente non è considerato come proprietario a riguardo dei terzi che a partire dalla trascrizione dell'atto di divisione. Dunque l'ipoteca ch'egli ha consentita anteriormente non è valida a riguardo dei terzi che a partire dalla trascrizione, e quindi in realtà essa ha la stessa data del privilegio, per cui il privilegio deve prevalere all'ipoteca per la sua qualità di privilegio. Rispondiamo che in tal modo si fa una falsa applicazione del principio di pubblicità. Esso riguarda l'avvenire e non il passato. Dire che il condividente non è proprietario a riguardo dei terzi che a partire dalla trasmissione della divisione significa che i terzi possono per l'avvenire contrattare con lui come proprietario esclusivo, ma ciò non toglie che i terzi abbiano potuto trattare col condividente come proprietario per indiviso prima della divisione. La legge autorizza e convalida queste transazioni; essa non può togliere ai terzi diritti che ha permesso di concedere loro.

Vi è anche un'altra risposta da fare all'obbiezione, cioè che non è esatto dire che il condividente non sia proprietario a riguardo dei terzi che a partire dalla trascrizione della divisione perchè la divisione non ha alcun effetto sulla trasmissione della proprietà: essa non la trasmette, la dichiara. In forza di questo principio, il condividente è stato sempre proprietario dell'immobile posto nella sua quota, e quindi egli ha potuto ipotecarlo, il che ci riconduce al nostro punto di partenza, vale a dire al principio dei diritti acquisiti che la legge intende rispettare.

Infine si dice che questa opinione sacrifica il diritti del creditore ipotecario, poichè il primo, essendo posposto al secondo sull'immobile gravato del saldo, non avrà che un privilegio irrisorio. L'obbiezione non tiene alcun conto della pubblicità che ha ricevuto l'ipoteca. Al momento della divisione, il condividente che acquista un privilegio di saldo sopra un immobile già gravato d'ipoteca ha conoscenza del diritto al quale sarà posposto e quindi può stipulare le garanzie necessarie per tutelare i suoi interessi. Così la legge non sacrifica alcun diritto. Essa accorda il suo appoggio al creditore ipotecario permettendogli d'intervenire nell'atto di divisione, per impedire ch'esso si faccia in frode ai suoi diritti, e la pubblicità che dà all'ipoteca permette ai condividenti di regolare i loro interessi con piena cognizione di causa.

N. 2. — Del privilegio dei condividenti quando la divisione non è trascritta.

94. La divisione non è trascritta. Supponiamo che il terzo condividente, gravato d'un privilegio di saldo, ipotechi un immobile compreso nella sua quota. Il creditore prende iscrizione. Sarà preferito al privilegio? Secondo il sistema della legge, bisogna rispondere che il privilegio è preferito all'ipoteca. Infatti, dal momento che vi ha divisione, il privilegio di saldo prende vita, ed una volta che il privilegio esiste, deve essere preferito alle ipoteche consentite posteriormente, benchè l'atto dal quale risulta il privilegio non sia stato trascritto. Gli è così del privilegio del venditore quando il compratore concede un'ipoteca sull'immobile prima d'aver trascritto il suo atto d'acquisto. L'ipoteca non può essere opposta al venditore. Ora, la legge equipara la divisione alla vendita, per quanto riguarda i diritti del creditore privilegiato. Se i diritti del venditore restano salvi malgrado la mancanza di trascrizione, deve accadere lo stesso dei diritti del condividente. Il compratore non è proprietario a riguardo dei terzi che a partire dalla trascrizione. L'ipoteca che egli consente anteriormente alla trascrizione non prende data che dal giorno in cui l'atto è trascritto; per conseguenza è anteposto al privilegio del venditore che è conservato colla trascrizione, e che, in realtà, ha una data anteriore a quella dell'ipoteca. Si può fare lo stesso ragionamento riguardo al privilegio del condividente. Egli non è proprietario esclusivo che a partire dalla trascrizione della divisione. Non è che da questo momento ch'egli può consentire ipoteche sugli immobili caduti nella sua quota. Dunque le ipoteche ch'egli ha costituite anteriormente non hanno data a riguardo dei terzi che dal giorno in cui la divisione è stata trascritta, e da quel giorno il privilegio del condividente è reso pubblico e conservato. Esso è dunque, in realtà, anteriore all'ipoteca e le vien preferito in forza di questa anteriorità.

95. Questa soluzione è incontestabile, se ci poniamo dal punto di vista della legge che assimila completamente il privilegio del condividente ai privilegi che risultano da atti traslativi di proprietà, e quando la legge è la stessa, le conseguenze che ne derivano devono essere identiche. Ma, dal punto di vista dei principii, vi ha una difficoltà alla quale non troviamo soluzione. Perchè la legge assoggetta la divisione alla trascrizione? Non già per far conoscere ai terzi il cambiamento che ha avuto luogo nella proprietà dei beni divisi, perchè non vi è cambiamento, non vi è che un atto dichiarativo di proprietà. Non si può dunque dire del condividente quello che si dice del compratore, ch'egli non è proprietario a riguardo dei terzi se non a partire dalla trascrizione della divisione, perchè egli lo è sempre

stato dacchè è incominciata l'indivisione. Così la base della teoria legale, quale fu da noi esposta (n. 94), è in opposizione col principio dell'art. 883, e colla base crolla tutto il sistema.

Se la legge assoggetta la divisione alla trascrizione è unicamente per far conoscere ai terzi che lo stato d'indivisione è cessato e ch'essi non possono trattare con coloro che hanno cessato d'essere comunisti come se si trovassero ancora in istato d'indivisione. Rimandiamo, su questo punto, a quanto si è detto della trascrizione (vol. XXIX, n. 101). Che cosa si deve conchiuderne quando la divisione non è stata trascritta? Che la divisione non esiste a riguardo dei terzi, quindi l'indivisione continua, e, per conseguenza, i condividenti sono sempre comunisti. Essi possono dunque fare validamente, a riguardo dei terzi, tutti gli atti che un comunista ha il diritto di compiere. Ne consegue che l'ipoteca consentita da un condividente prima della trascrizione non è nulla, per essere stata consentita da chi non era proprietario; essa è valida, perchè costituita da un comunista. Soltanto occorrerà una nuova divisione, perchè, legalmente, la prima non esiste a riguardo dei terzi. I condividenti non potrebbero limitarsi a trascrivere questa divisione, come si può fare in materia di vendita (n. 88). Vi è, fra le due ipotesi, una differenza, di cui la teoria legale non ha tenuto conto, ed è che il terzo creditore ipotecario ha il diritto d'intervenire nella divisione, e quindi non gli si può opporre la prima, nella quale non ha potuto intervenire, poichè il suo diritto non esisteva ancora: bisognerà quindi procedere ad una nuova divisione, nella quale il creditore ipotecario avrà il diritto d'intervenire. Veniamo così ad una conseguenza affatto diversa da quella a cui conduce la teoria legale. Ritenendosi l'ipoteca concessa durante l'indivisione, il creditore ipotecario ha un diritto acquisito sull'immobile, e questo diritto prevale al privilegio di saldo, se la nuova divisione mantiene il riparto della prima.

96. Quale di queste interpretazioni bisogna preferire? Evidentemente la prima (n. 94). Diciamo evidentemente. Infatti, tale è il sistema legale, e la legge prevale ai principii, non avendo i principii altro fondamento che la legge. Ad ogni modo il legislatore avrebbe dovuto tener conto della diversità degli atti giuridici ai quali esso applica una sola e medesima regola, come se fossero identici. La legge belga si è allontanata, in questo punto, dalla tradizione. Secondo le consuetudini di pegno la divisione non era soggetta alle opere di legge, e la legge francese del 1855 non ha esteso alla divisione il principio della trascrizione. L'interesse che i terzi hanno a conoscere l'esistenza della divisione ha indotto il legislatore belga a prescriverne la pubblicità. Sia pure. Ma il motivo di questa pubblicità essendo affatto diverso da quello pel quale si esige la pubblicità degli atti traslativi di proprietà, la legge avrebbe dovuto stabilire riguardo ai privilegi dei condividenti un sistema di conservazione diverso da quello introdotto pei privilegi del venditore, del permutante e del donante.

§ VI. — *Dell'inscrizione d'ufficio.*

97. La legge dice che i privilegi del venditore, del permutante, del donante e del condividente si *conservano* mediante la trascrizione. Ciò significa che non hanno mestieri di essere inscritti per produrre l'effetto che la legge loro attribuisce. Per non lasciare alcun dubbio su questo punto, l'art. 34 soggiunge che la trascrizione equivarrà ad iscrizione pei creditori il cui privilegio si conserva colla trascrizione dell'atto traslativo o dichiarativo di diritti reali immobiliari dal quale essi procedono. Tuttavia la legge vuole che il conservatore faccia un'inscrizione d'ufficio di questi stessi privilegi, al momento della trascrizione (art. 35). Dovrà dirsi per questo che occorrono due formalità, la trascrizione e l'inscrizione, perchè i creditori privilegiati godano dei diritti di prelazione e di evizione? No, il testo non lascia alcuna incertezza in argomento, o meglio, appunto per prevenire ogni dubbio l'art. 34 ha dichiarato formalmente che la trascrizione equivale all'inscrizione. E l'art. 35 dispone implicitamente che l'inscrizione d'ufficio, della quale fa obbligo al conservatore, non è richiesta per la conservazione dei privilegi che sono già mantenuti colla trascrizione. La legge prescrive l'inscrizione d'ufficio sotto pena dei danni ed interessi verso i *terzi*. Ora, perchè i terzi possano subire un danno dalla mancanza d'inscrizione, bisogna che il privilegio sia loro opponibile, anche quando non fosse stato inscritto, pel solo effetto della trascrizione. Essi hanno diritto ai danni ed interessi, perchè la mancanza d'inscrizione li ha indotti in errore. Coloro che intendono assicurarsi se i beni della persona colla quale stanno per trattare sono gravati d'ipoteche domandano al conservatore un certificato delle inscrizioni, non consultano il registro delle trascrizioni, che ha per oggetto principale di constatare i cambiamenti immobiliari. Bisogna dunque che il registro delle inscrizioni sia completo, per dare ai terzi una conoscenza esatta della situazione ipotecaria del loro debitore. Essi sarebbero ingannati e lesi, se un privilegio conservato dalla trascrizione non si trovasse inscritto. Gli è per tutelare l'interesse dei terzi che la legge esige l'inscrizione d'ufficio. Se essa non ebbe luogo e i terzi ne soffersero un danno, potranno esercitare un'azione per danni e interessi contro il conservatore, per la cui negligenza l'inscrizione è stata omessa. È questa l'applicazione del principio generale di responsabilità, consacrato dagli articoli 1382 e 1383. Ritorneremo sull'argomento.

98. Quali sono i privilegi che il conservatore deve inscrivere d'ufficio? L'art. 35 li enumera: « Sarà il conservatore delle ipoteche tenuto a fare d'ufficio, al momento della trascrizione, l'inscrizione sul suo registro 1.° dei crediti risultanti dall'atto traslativo di proprietà, vale a dire dalla vendita. Non vi ha che un credito privilegiato, quello del prezzo. Se la legge parla dei

crediti, è senza dubbio per comprendervi quelli che risultassero dagli oneri, ma gli oneri facendo parte del prezzo, non esiste, in realtà, che un solo privilegio, quello del venditore.

Vi ha una vendita soggetta a regole speciali, l'espropriazione per causa di pubblica utilità. La sentenza che la pronuncia deve essere trascritta, ma questa trascrizione, come abbiamo detto altrove (vol. XXIX, n. 90), non ha nulla di comune con quella che prescrive la legge ipotecaria. Essa non ha per oggetto nè di tutelare i diritti dei terzi nè di conservare il privilegio del venditore. I terzi non possono più acquistare diritti sull'immobile espropriato, poichè esso colla sua destinazione ad un pubblico servizio è posto fuori di commercio, e siccome il venditore riceve l'indennità prima che lo Stato sia immesso in possesso, il suo privilegio non ha più ragione d'esistere. L'inscrizione d'ufficio diviene dunque inutile. Sarebbe lo stesso se la vendita si facesse in via amichevole? In questo caso, l'atto deve essere trascritto conformemente alla legge ipotecaria (vol. XXIX, n. 91), ma l'inscrizione d'ufficio è pur sempre inutile, perchè restano tuttavia applicabili i principii che governano l'espropriazione per causa di pubblica utilità (1).

99. In secondo luogo, il conservatore deve fare l'inscrizione d'ufficio « dei saldi e regressi risultanti dall'atto di permuta ». La legge soggiunge che « l'inscrizione comprenderà la somma stipulata a titolo di danni e interessi in caso di evizione ». Quantunque l'inscrizione d'ufficio non sia necessaria per la conservazione del privilegio, essa deve contenere tutte le indicazioni richieste per l'inscrizione ipotecaria, perchè i terzi consultano il registro delle inscrizioni. Se dunque il conservatore trascurasse di prender inscrizione dei danni ed interessi in caso d'evizione, il permutante avrebbe tuttavia il suo privilegio, ma i terzi, ingannati dall'inscrizione incompleta, avrebbero un'azione per danni ed interessi contro il conservatore, perchè il conservatore, come diremo più avanti, risponde non solo dalla mancanza d'inscrizione, ma anche della irregolarità dell'inscrizione medesima quando essa reca un danno ai terzi.

3.° Il conservatore deve fare l'inscrizione d' ufficio « degli oneri pecuniari ed altre prestazioni liquide risultanti dall'atto di donazione ». Se le prestazioni non fossero liquide, l'inscrizione d'ufficio sarebbe inutile, poichè, in questo caso, il donante non ha privilegio (art. 27, 3.°). Si comprende ora perchè la legge subordini l'esistenza del privilegio all'adempimento di questa condizione. Le prestazioni non liquide non possono ricevere la pubblicità che la legge prescrive nell'interesse dei terzi, e senza la pubblicità il privilegio è inefficace.

4.° Il conservatore deve prendere inscrizione d'ufficio « dei saldi e regressi risultanti dall'atto di divisione o di licitazione.

---

(1) MARTOU, *Commentario*, t. II, p. 268, n. 652.

Questa inscrizione enuncerà se siano state fatte le stipulazioni relative alla garanzia per l'evizione ». Bisogna applicare a queste enunciazioni quanto abbiamo detto di quelle che riguardano il privilegio del permutante. Se esse si trovano nell'atto trascritto, il condividente avrà il privilegio, benchè l'inscrizione non le menzioni, ma i terzi avranno, per questo titolo, un'azione di danni ed interessi contro il conservatore.

100. La legge non dice che il conservatore sia tenuto a prendere inscrizione del privilegio del mutuante quando è legalmente surrogato nei diritti dei creditori privilegiati. Ma dovendo l'inscrizione d'ufficio menzionare tutti i privilegi conservati colla trascrizione, va da sè che il conservatore deve inscrivere anche il privilegio del mutuante. Quando si tratta di un atto traslativo di proprietà, si può invocare il testo dell'art. 35, n. 1, il quale parla, in termini generali, dei *crediti* risultanti dall'atto, quindi anche di quello del mutuante surrogato, e ciò che la legge dice degli atti *traslativi* si applica naturalmente agli atti dichiarativi di proprietà. Tuttavia sarebbe stato più regolare dichiararlo, poichè la legge enumera le diverse inscrizioni che il conservatore è tenuto a fare. Se il conservatore non facesse l'inscrizione del privilegio del mutuante risultante da un atto di divisione, il mutuante avrebbe sempre il suo privilegio. Ma i terzi avrebbero l'azione per danni ed interessi? 'E dubbio. Sarebbe difficile condannare il conservatore per non aver adempito una formalità che nessun testo formale gli fa obbligo di adempiere.

101. L'inscrizione d'ufficio può essere inutile. Essa è presa per un privilegio che accorda la legge, e che le parti non avrebbero forse stipulato se il privilegio fosse convenzionale, sia perchè il debitore offre una completa garanzia al creditore, sia perchè i rapporti di parentela o d'amicizia non permettono queste clausole di sfiducia. Ora, le inscrizioni inutili sono un male, perchè diminuiscono il credito del debitore, i cui beni sono gravati d'inscrizioni, e l'obbligano poi a fare le spese d'una radiazione, spese egualmente frustranee. Per prevenire questi inconvenienti l'art. 36 dispone che « il venditore, il copermutante, il donante, i coeredi o condividenti potranno, con una clausola formale dell'atto, dispensare il conservatore dall'inscrizione d'ufficio ». La legge non parla del mutuante surrogato, senza dubbio perchè non è probabile che il mutuante il quale si fa surrogare per godere del privilegio voglia poi rinunciare a questo, ma è sottinteso che ne ha il diritto. Occorre una clausola *formale* perchè il conservatore sia dispensato dal fare l'inscrizione d'ufficio. Il legislatore ha voluto prevenire ogni contestazione su questo punto. Dispensare il conservatore dall'obbligo che la legge gli impone è, come diremo, rinunciare al privilegio. La legge vuole che questa rinuncia sia formale, ossia che la volontà del creditore sia espressa in iscritto. Non vi sono termini sacramentali, ma non basterebbe una rinuncia

tacita. Se l'atto recasse che il creditore rinuncia al suo privilegio, vi sarebbe dispensa formale dall'obbligo d'inscrivere il privilegio, perchè non si può inscrivere un privilegio che non esiste più.

102. Quale è l'effetto di questa dispensa? L'art. 37 risponde « che i creditori privilegiati saranno decaduti dal privilegio e dall'azione di risoluzione e di ripresa, ma che potranno prendere, in forza del loro titolo, un'inscrizione ipotecaria la quale non assumerà grado che alla sua data ». Perchè la dispensa dall'inscrizione d'ufficio importa rinuncia al privilegio? Pel motivo che è una rinuncia piuttosto che una decadenza, risultando da un fatto volontario del creditore. La ragione si è che l'inscrizione è un complemento di pubblicità prescritto nell'interesse dei terzi. Questi, vedendo che il privilegio non è inscritto, devono credere che esso non esista più e che il creditore vi abbia rinunciato.

Ne consegue che gli incapaci non possono consentire la dispensa, perchè non hanno facoltà di rinunciare ad un diritto che costituisce la garanzia del loro credito e senza il quale questo corre rischio di perire. Anche gli amministratori legali, come il tutore e il marito, non potrebbero dispensare il conservatore dal prendere l'inscrizione d'ufficio, perchè non possono alienare. Ora, rinunciare è alienare, e alienare senza compenso, poichè la legge suppone una rinuncia gratuita. Non basta dunque essere capaci di obbligarsi, bisogna essere capaci di disporre (1).

La rinuncia al privilegio ha anche un'altra conseguenza gravissima per il creditore, cioè che egli è decaduto dall'azione di risoluzione. Ciò si applica al venditore, al donante e al permutante. 'E un'applicazione del nuovo principio stabilito dall'art. 28 della legge ipotecaria. Ritorneremo sull'argomento.

103. La decadenza del privilegio e dell'azione di risoluzione lascia però sussistere un'ipoteca a vantaggio del creditore. 'E l'applicazione del principio che il privilegio è un'ipoteca privilegiata, il che implica che il creditore ha due diritti, un'ipoteca ed un privilegio: egli può rinunciare al privilegio e conservare l'ipoteca. Era questo il sistema del codice civile (art. 2113), e la nuova legge l'ha mantenuto. Ma vi ha grande differenza fra l'ipoteca privilegiata che spettava al creditore e la semplice ipoteca che gli rimane. In forza del privilegio, egli aveva due gradi di prelazione: era preferito ai creditori chirografarii ed ai creditori ipotecarii (art. 12), mentre in forza dell'ipoteca non è preferito più che ai creditori chirografarii. La legge dice che egli potrà prendere un'inscrizione ipotecaria la quale non avrà grado che a partire dalla sua data. Ciò suppone che il privilegio retroagisce, nel senso che il suo grado non dipende dalla data dell'inscrizione o della trascrizione. Secondo la nuova legge, non vi è

(1) Cloes, *Commentario*, t. I, p. 524, n. 854.

più retroattività propriamente detta, ma esiste sempre questa differenza fra l'inscrizione ipotecaria e la trascrizione che conserva il privilegio, cioè che il privilegio ha grado in forza ed a partire dalla trascrizione, mentre l'ipoteca non avrà grado che in forza dell'inscrizione che il creditore dovrà chiedere. Il creditore privilegiato non ha da far nulla per la conservazione del suo privilegio, mentre il creditore ipotecario deve prendere un'inscrizione del proprio titolo.

104. L'inscrizione d'ufficio presa dal conservatore deve essere rinnovata dal creditore prima che trascorrano quindici anni dalla sua data (art. 37 e 90). Ciò vuole il diritto comune. L'inscrizione non conserva i privilegi e le ipoteche che per quindici anni. Dev'essere lo stesso dell'inscrizione d'ufficio la quale, per i terzi, tien luogo della trascrizione. La rinnovazione dell'inscrizione d'ufficio è soggetta alle stesse regole della rinnovazione di ogni inscrizione ipotecaria. Le esporremo più avanti.

Si presenta una difficoltà speciale all'inscrizione d'ufficio. Supponiamo che il conservatore abbia trascurato di prenderla. Che dovrà fare il creditore prima che trascorrano i quindici anni? Dovrà inscrivere il suo privilegio, non come rinnovazione dell'inscrizione che non è stata presa, ma come rinnovazione della *trascrizione* che ha conservato il privilegio malgrado la mancanza d'inscrizione. Come si è detto e ripetuto durante i lavori preparatorii, la trascrizione equivale all'inscrizione (art. 34), ma non più. Essa non può dunque conservare il privilegio perpetuamente quando la legge non attribuisce che un effetto temporaneo alla pubblicità che conserva i privilegi e le ipoteche (1). Così la trascrizione cessa di conservare il privilegio collo spirare dei quindici anni. Il creditore deve dunque aver cura di rinnovare la pubblicità, e la rinnovazione si fa, non trascrivendo di nuovo l'atto dal quale nasce il privilegio, ma prendendo un'inscrizione. Sarà, in apparenza, una prima inscrizione, in realtà, sarà un'inscrizione rinnovata, poichè rinnova la trascrizione che equivale all'inscrizione. Ne consegue che il creditore dovrà adempiere le formalità prescritte dall'art. 90 per la rinnovazione dell'inscrizione.

105. « In mancanza di rinnovazione, i creditori privilegiati non avranno più che un'ipoteca, la quale non prenderà grado che dal giorno della sua inscrizione » (art. 37). In questo caso vi ha decadenza dal privilegio, perchè non sono state adempite le condizioni prescritte per la sua conservazione. Ma la legge, pur dichiarando il creditore decaduto dal suo privilegio, mantiene l'ipoteca al medesimo annessa. 'E questa l'applicazione del principio stabilito dall'art. 2113 del codice civile, che la nuova legge implicitamente consacra: « Tutti i crediti privilegiati soggetti alla

---

(1) D'ANETHAN, *Relazione*, dichiarazione del ministro della giustizia; *Relazione* di LELIÈVRE (PARENT, pp. 410, 501 e 523).

formalità dell'inscrizione, a riguardo dei quali non siano state adempite le condizioni prescritte per conservare il privilegio, non cessano tuttavia d'essere ipotecarie, ma l'ipoteca non prenderà data a riguardo dei terzi, che dal giorno in cui avranno dovuto esser fatte le inscrizioni, come sarà spiegato in appresso ». Abbiamo detto più sopra (n. 103) quale differenza vi sia fra questa ipoteca che il creditore conserva e il privilegio che egli perde.

§ VII. — *Del privilegio dell'architetto.*

N. 1. — Condizioni richieste per la conservazione del privilegio.

106. Questo privilegio non si conserva colla trascrizione, perchè non ha nulla a che fare con alcun atto traslativo o dichiarativo di proprietà, e quindi resta sotto l'impero della regola stabilita dall'art. 29, a termini del quale i privilegi non producono effetto che colla loro inscrizione sui registri del conservatore delle ipoteche. Vi ha questo però di speciale al privilegio dell'architetto, che la legge esige una duplice inscrizione. Anzitutto deve essere inscritto prima dell'inizio dei lavori il processo verbale constatante lo stato dei luoghi. In secondo luogo, l'architetto deve far inscrivere il secondo processo verbale entro quindici giorni dalla consegna delle opere (art. 38). Quale è l'oggetto di questa duplice pubblicità? Il primo processo verbale avverte i terzi che essi non devono contare sul maggior valore che risulterà dai lavori, perchè, rendendolo pubblico, l'architetto manifesta la volontà d'invocare il suo privilegio cogli effetti che la legge vi attribuisce, specialmente di prendere grado a partire dall'inscrizione di questo primo processo verbale. Il secondo processo verbale deve essere inscritto nei quindici giorni affinchè i terzi sappiano che l'architetto non è pagato e che, per conseguenza, egli intende esercitare il suo diritto di prelazione. I due processi verbali fanno conoscere anche l'importo del credito privilegiato.

107. La legge non dice in modo formale da chi deve essere chiesta l'inscrizione. Essa suppone che la chiedano i creditori privilegiati. « Gli imprenditori, gli architetti, i muratori, conservano, colla fatta inscrizione del primo e del secondo processo verbale, il loro privilegio alla data del primo processo verbale ». 'E questo il diritto comune. L'art. 83 (codice civile, art. 2148) dice che cosa deve fare il creditore per operare l'inscrizione. Egli deve presentare, *personalmente* o per mezzo di un terzo, l'atto che dà vita al privilegio, aggiungendovi due note. Ma l'inscrizione del privilegio dell'architetto non si fa secondo le regole dell'art. 83, sono i processi verbali che l'architetto deve far inscrivere. Purchè l'inscrizione sia fatta, non importa da qual persona interessata e avente diritto, il privilegio sarà conser-

vato. L'inscrizione può farsi dal proprietario, da uno degli imprenditori od operai che godono del privilegio, dal mutuante surrogato. Tutte queste persone hanno interesse all'esercizio del privilegio, il padrone per trattare a buone condizioni, i creditori per la garanzia dei loro diritti. I termini della legge non vi si oppongono, e il suo spirito non lascia alcun dubbio. Così fu giudicato dalla Corte di cassazione (1).

108. Vi è una difficoltà più seria: supponiamo che il fondo sul quale vengono eseguiti i lavori sia alienato durante il corso dei lavori stessi. Potrà ancora farsi l'inscrizione? Non vi ha alcun dubbio riguardo al primo processo verbale. Anzitutto la legge vuole che esso sia inscritto prima dell'inizio dei lavori. Vedremo più avanti se l'inscrizione possa farsi anche durante l'esecuzione. Poi sta il principio che l'inscrizione non può più esser presa dopo l'alienazione di un immobile, quando il compratore ha trascritto (art. 112). Questo principio si applica all'architetto ed al primo processo verbale, poichè è questo processo verbale che dà data al privilegio a riguardo dei terzi. Ma che dovrà dirsi del secondo? È impossibile far inscrivere il processo verbale prima dell'alienazione, poichè il processo verbale non è steso; esso non deve esserlo che entro i sei mesi dal compimento delle opere, ed è soltanto dopo questa seconda perizia che comincia a decorrere il termine di quindici giorni. Ne consegue che l'art. 112 non è applicabile alla specie. Esso suppone che il creditore ha potuto inscrivere prima dell'alienazione, mentre l'architetto non può farlo che dopo il compimento dei lavori. Bisogna dunque decidere che sarà applicabile l'art. 38 se i lavori continuano. L'architetto avrà sempre sei mesi, dopo che i lavori saranno cessati, per far stendere il secondo processo verbale, poi avrà quindici giorni per chiederne l'inscrizione. La Corte di cassazione ha giudicato così nella sentenza che abbiamo or ora citata.

109. Supponiamo che l'inscrizione dei due processi verbali sia fatta nei termini della legge. Quale ne sarà l'effetto? L'articolo 38 risponde che i creditori conservano il loro privilegio *alla data del primo processo verbale.* Vi è qui più di una singolarità. L'inscrizione retroagisce, e retroagisce ad un tempo in cui il credito privilegiato non esiste ancora. Infatti, il primo processo verbale è steso prima d'incominciare i lavori, quindi in un momento in cui l'architetto non ha ancora alcun credito contro il proprietario. Così il privilegio esiste coi suoi effetti, quanto al grado, prima che vi sia un credito. Può darsi un privilegio, vale a dire un diritto accessorio senza credito principale? È evidente che l'inscrizione del primo processo verbale sarà inefficace se i lavori non si eseguiscono, ma se si eseguiscono, è altrettanto evidente che il privilegio retroagisce. La

(1) Rigetto, 18 novembre 1868 (Dalloz, 1869, 1, 89).

legge ha dovuto farlo retroagire al principio dei lavori. Dal momento che sono annunciati dei lavori, e che il progetto è reso pubblico mediante l'inscrizione, i terzi che contrattano col proprietario, stipulando ipoteche, devono contare sul maggior valore che risulterà dalle opere, perchè l'ipoteca si estende alle migliorie procurate al fondo ipotecato (art. 45, cod. civ., articolo 2118). Se il privilegio non avesse retroagito, sarebbe stato illusorio. Il maggior valore avrebbe servito di pegno ai creditori ipotecarii, e non sarebbe rimasto nulla pel creditore privilegiato. Eppure è giusto che l'architetto sia preferito ai creditori ipotecarii fino a concorrenza del maggior valore che egli ha procurato al fondo. La qualità del credito deve dunque far retroagire il privilegio che la legge gli accorda. Non si può dire che questa retroattività attenta ai diritti dei terzi, perchè questi, prevenuti dalla pubblicità del processo verbale, hanno trattato con cognizione di causa, e chi è avvertito che non deve contare sul maggior valore non può lagnarsi se non ne approfitta.

Secondo i motivi che abbiamo esposti, bisognerebbe dire che il privilegio ha effetto retroattivo al giorno dell'*inscrizione* del primo processo verbale, perchè è questa pubblicità che avverte i terzi. L'art. 2110 del codice civile è concepito in tal senso, mentre l'art. 38 dice che il privilegio prende grado alla *data* del primo *processo verbale*. Intendendo il testo alla lettera, ne risulta una conseguenza che urta tutti i principii. Supponiamo che il primo processo verbale sia steso nel mese di gennaio. Esso non è inscritto che il 1.° marzo, giorno nel quale cominciano i lavori. Nell'intervallo, un creditore ipotecario prende inscrizione: egli ha conoscenza dei lavori che il proprietario sta per eseguire. Non vedendo alcuna inscrizione, deve contare sul maggior valore. Se poi il processo verbale viene inscritto, e l'architetto è preferito al creditore ipotecario, questi rimarrà ingannato, ciò che non si può ammettere sotto un regime di pubblicità. Forse il legislatore ha inteso per *data del processo verbale* la data dell'inscrizione. È certo che non si trova alcuna traccia nei lavori preparatorii dell'intenzione che avrebbe avuto il legislatore belga di derogare al codice civile. Tuttavia, se si presentasse il caso, bisognerebbe dire che l'architetto è preferito al creditore anteriore all'inscrizione del primo processo verbale, quantunque sia posteriore alla prima perizia. Il testo è formale. Si può dire, per spiegarlo, che il creditore ipotecario ha torto di contare su lavori che non sono cominciati; egli deve aspettarsi, fino al principio dei lavori, di veder inscritto il processo verbale. La prudenza gl'impone dunque di non fare i suoi calcoli sopra un maggior valore che può divenire il pegno dell'architetto.

110. La legge dice che l'architetto conserva il suo privilegio alla data del primo processo verbale. Si deve conchiuderne che egli sarà preferito soltanto ai creditori posteriori, mentre sarà

posposto agli anteriori? No, i creditori inscritti al momento in cui vien steso il primo processo verbale sono posposti all'architetto, ben inteso pel maggior valore risultante dai lavori. Ciò risulta dai principii e dal testo della legge. La legge accorda un privilegio all'architetto per il maggior valore che egli crea, e fino a concorrenza di questo, perchè sarebbe ingiusto che gli altri creditori approfittassero dei lavori dell'architetto senza tenergli conto dell'aumento di valore che essi hanno procurato al patrimonio del debitore comune. Il motivo si applica tanto ai creditori anteriori quanto ai creditori posteriori. È vero che la loro ipoteca si estende alle migliorie che l'immobile ipotecato riceve (art. 45 cod. civ., articolo 2118), ma ciò suppone che non esista un credito privilegiato per queste migliorie. Se esiste, la giustizia esige che sia pagato preferibilmente ai creditori anteriori, i quali non hanno dovuto contare su migliorie di cui si arricchirebbero a spese di colui che le avrebbe prodotte. Il testo è in armonia coi principii. L'art. 27, 5.°, vuole che i creditori inscritti siano chiamati al primo processo verbale, per meglio dire, alla prima perizia, per tutelare i loro interessi, vegliando a che l'immobile sia stimato al valore esatto che ha al principio dei lavori. Se fosse fissato troppo basso, il maggior valore sarebbe esagerato a profitto dell'architetto e a detrimento dei creditori anteriori, il che suppone che i creditori sono posposti all'architetto fino a concorrenza del maggior valore reale che i lavori procurano al fondo.

Vi è anche un'altra spiegazione della preferenza che l'architetto ha sui creditori, ossia che il privilegio prevale sempre sull'ipoteca in forza della sua natura (art. 12, cod. civ., articolo 2098). Noi non ammettiamo il principio in questi termini assoluti, perchè sarebbe stabilire la retroattività del privilegio come regola, mentre, secondo la volontà certissima del legislatore belga, la retroattività non deve essere che una eccezione. Lo stesso art. 38 prova che il privilegio non retroagisce per principio, perchè, se fosse sempre retroattivo, sarebbe stato inutile dichiarare che il privilegio dell'architetto risale al primo processo verbale. A dire il vero, il privilegio dell'architetto e le ipoteche inscritte prima dei lavori cadono su valori diversi. L'architetto esercita il suo diritto sul maggior valore che ha prodotto colle sue opere, e i creditori anteriori non hanno diritto che sul valore dell'immobile sul quale dovevano contare, vale a dire sul prezzo proveniente dall'alienazione, comprendendovi anche le migliorie, salvo disinteressare coloro che hanno creato il maggior valore.

N. 2. — Quello che diviene il privilegio quando non sono state adempite le condizioni prescritte per la sua conservazione.

111. Abbiamo detto più sopra quali condizioni si richiedono per l'esistenza del privilegio (nn. 49-57). Se manca una di queste condizioni, non vi ha privilegio, specialmente se non siano stati stesi i due processi verbali. Non può trattarsi, in questo caso, di conservare un privilegio che non esiste. Sarebbe lo stesso se fossero stati redatti i processi verbali e l'architetto avesse trascurato di farli inscrivere. 'E l'inscrizione che dà vita al privilegio. Se esso non fu reso pubblico, è inefficace, e resta inefficace, poichè la legge vuole che il primo processo verbale sia inscritto innanzi che comincino i lavori ed il secondo entro quindici giorni dalla consegna delle opere. Se il secondo processo verbale non è reso pubblico entro questo termine, la legge dichiara che il privilegio è estinto e che non resta più che un'ipoteca. A maggior ragione gli è così quando nessuno dei due processi verbali sia stato inscritto.

L'architetto avrà almeno un'ipoteca in forza dell'art. 38 (cod. civ., art. 2110)? Sì, se ha fatto stendere i due processi verbali richiesti dall'art. 27 per l'esistenza del privilegio. In questo caso il privilegio esiste, ma, non essendo stato conservato, si deve applicare il principio dell'art. 2113 (legge ip., art. 36 e 37). Il privilegio degenera in ipoteca. Ma se l'architetto ha trascurato di far stendere i processi verbali, non ha mai avuto privilegio, e non può più acquistarne, poichè le perizie non possono esser fatte che alle epoche determinate dalla legge.

112. Si domanda se i creditori anteriori ai lavori possano invocare l'inadempimento delle formalità che la legge prescrive per l'esistenza e la conservazione del privilegio. L'affermativa è tanto certa che non comprendiamo come sia stata messa in dubbio. L'ipoteca di questi creditori si estende, per principio, alle migliorie (art. 45 cod. civ., art. 2118), a meno che non vi sia un privilegio in causa dei lavori. Spetta dunque all'architetto che pretende d'essere privilegiato provare anzitutto che il privilegio esiste, poichè è stato conservato. Il creditore ipotecario, come convenuto, è ammesso a dare la prova contraria, vale a dire a sostenere che il privilegio non è mai esistito o che non è stato conservato. Ciò decide la questione (1).

113. Può darsi che uno dei processi verbali non sia stato steso o inscritto, o non lo sia stato alle epoche determinate dalla legge. Che diviene allora il privilegio? L'art. 38 non prevede che un'ipotesi. Il secondo processo verbale non è inscritto nei quindici giorni dalla consegna dei lavori. Trascorso questo

(1) MARTOU, *Commentario*, t. II, p. 275, n. 662.

termine, gli imprenditori, gli architetti e gli operai non avranno che un'ipoteca, la quale non prenderà grado che dal giorno dell'inscrizione, e per il maggior valore soltanto, vale a dire che il privilegio degenera in ipoteca, come nei casi previsti dagli articoli 36 e 37. Rimandiamo a quanto si è detto su queste disposizioni (nn. 103 e 105). Non vi ha che una differenza, che cioè l'architetto non può essere decaduto dall'azione di risoluzione, come lo sono i venditori, permutanti e donanti, perchè non può parlarsi della risoluzione del contratto quando si tratta del privilegio dell'architetto, non nascendo questo privilegio che dopo l'esecuzione del contratto d'impresa. L'art. 38 suppone l'esistenza di un processo verbale. Se non fu redatto, l'architetto non ha mai avuto privilegio, poichè i processi verbali sono una condizione richiesta per l'esistenza del privilegio che la legge gli accorda. Ora, se non vi ha privilegio, non può degenerare in ipoteca. L'architetto che non si conforma alla legge non acquista alcun diritto reale; egli resta creditore chirografario.

114. Se il primo processo verbale non fu steso o non venne inscritto prima dell'inizio dei lavori, come vuole la legge, che diverrà il privilegio dell'architetto? Questa ipotesi dà luogo a serie difficoltà. Supponiamo anzitutto che il processo verbale sia stato steso regolarmente, ma il creditore non lo inscriva che durante i lavori, mentre la legge vuole che sia inscritto prima che i lavori comincino. L'architetto sarà per ciò solo decaduto dal suo privilegio, nel senso che non avrà più che un'ipoteca? La questione è importante. Se il privilegio degenera in ipoteca, l'architetto sarà posposto a tutti i creditori inscritti prima di lui. Se, al contrario, conserva il suo privilegio, sarà preferito ai creditori anteriori alle opere ed ai creditori inscritti dopo l'inscrizione del primo processo verbale. A nostro avviso, il creditore conserva il suo privilegio, nel senso che esso non degenera in ipoteca. Ciò risulta dal testo e dai principii. L'art. 38 non pronuncia la decadenza in questa ipotesi. Ora, le decadenze sono di stretto diritto, perchè costituiscono una pena, e non vi ha pena senza legge. Si obbietta che la decadenza risulta dal principio dell'art. 2113. Non essendo stata adempita una delle condizioni prescritte per la conservazione del privilegio, il privilegio deve degenerare in ipoteca. Rispondiamo che, sotto l'impero del codice civile, questa opinione, quantunque rigorosa, poteva sostenersi. L'art. 2113 forniva un argomento letterale, e, in materia di privilegi, il testo è decisivo. Ma la legge belga non riproduce la disposizione dell'art. 2113 come principio generale. Essa non l'applica che in qualche caso (articoli 36 e 37), a titolo di decadenza, e le pene non si estendono. L'argomento che deduciamo dal silenzio dell'art. 38 è confermato dallo spirito della legge. Perchè la legge vuole che il primo processo verbale sia inscritto? Per avvertire i terzi che vi sarà un privilegio a favore dell'architetto in conseguenza dei

lavori che stanno per essere eseguiti sul fondo. Se il processo verbale è inscritto prima che comincino i lavori, tutti i creditori posteriori sono prevenuti, e, per conseguenza, il creditore privilegiato sarà preferito a tutti. Se il processo verbale è inscritto durante i lavori, i creditori che avranno fatto inscrivere la loro ipoteca prima dell'inscrizione del processo verbale non essendo stati prevenuti, la pubblicità tardiva del processo verbale non deve nuocer loro, e per conseguenza non potrà essere loro opposta. A loro riguardo, il privilegio non prenderà grado che a partire dalla sua inscrizione. È quanto dire che essi saranno preferiti all'architetto. Ciò è conforme ai principii. Un privilegio non reso pubblico non può essere preferito a coloro nell'interesse dei quali la pubblicità è prescritta.

Rimane una difficoltà. Se vi hanno creditori inscritti prima dei lavori, l'architetto che ha fatto inscrivere il suo primo processo verbale solo durante i lavori sarà loro preferito? L'affermativa è certa, se si ammette che l'architetto conserva il suo privilegio, perchè sussistono tutti i motivi pei quali il privilegio prevale alle ipoteche anteriori alle opere (n. 110). È in forza della natura del credito che l'architetto viene preferito ai creditori anteriori. Basta dunque che egli conservi il privilegio per esercitare il suo diritto di prelazione. Che importa ai creditori anteriori ai lavori quando sia stato inscritto il primo processo verbale? Il loro interesse è tutelato dal momento che i processi verbali furono redatti come prescrive la legge: la pubblicità di questi non interessa che i creditori i quali tratteranno col proprietario dopo che sono cominciati i lavori. Si obbietta che questa opinione conduce ad un'inesplicabile anomalia. Vi sono creditori inscritti nel 1875. I lavori cominciano il 1.° marzo 1876. Il processo verbale steso in febbraio non è inscritto che il 1.° giugno. Nell'intervallo fra il 1.° marzo e il 1.° giugno sono state concesse delle ipoteche, ed altre sono state concesse dal 1.° giugno in poi fino all'inscrizione del secondo processo verbale. L'architetto sarà preferito innanzi tutto ai creditori inscritti dopo il 1.° giugno 1876, poi ai creditori inscritti nel 1875, e sarà posposto ai creditori inscritti dal 1.° marzo al 1.° giugno 1876. Eppure questi sono posposti ai creditori del 1875. Rispondiamo che l'anomalia non è che apparente e che il grado assegnato ai diversi creditori, secondo il nostro sistema, si giustifica perfettamente. Se il creditore privilegiato è preferito ai creditori anteriori ai lavori, ciò avviene perchè a loro riguardo egli ha conservato il suo privilegio, la data dell'inscrizione del processo verbale essendo per loro *indifferente*. Se, al contrario, l'architetto è posposto ai creditori inscritti dopo l'inizio dei lavori, ma prima dell'inscrizione del primo processo verbale, è perchè a loro riguardo egli non ha conservato il suo privilegio, giacchè è precisamente per avvertirli dell'esistenza del privilegio che sarà loro preferito che la legge vuole che il primo processo verbale sia inscritto innanzi il principio dei lavori.

Questa iscrizione non avendo avuto luogo, il privilegio non esiste a loro riguardo. Rispetto al grado che i diversi creditori ipotecarii hanno fra loro, esso è regolato dalla data dell'inscrizione. Tale è il diritto comune. Questo grado è estraneo all'architetto, poichè egli vien soddisfatto sul maggior valore preferibilmente ai creditori ipotecarii. Egli non si trova in conflitto che colle ipoteche inscritte dopo il principio dei lavori e innanzi all'inscrizione del primo processo verbale. Questi creditori gli sono preferiti sul maggior valore, perchè essi hanno dovuto contarvi, avendo trattato col proprietario quando hanno dovuto credere che non vi sarebbe stato privilegio, perchè non era inscritto alcun processo verbale.

115. Abbiamo supposto fin qui che il primo processo verbale fosse stato steso avanti il principio dei lavori, come vuole la legge. Che diviene il privilegio quando il processo verbale non è steso che dopo l'inizio dei lavori? In questo caso, vi ha conflitto fra i creditori anteriori e l'architetto. Quanto ai creditori inscritti dopo che i lavori sono cominciati e prima che il processo verbale sia stato steso e inscritto, l'architetto non può opporre loro il suo privilegio. Abbiamo detto (n. 114) che l'architetto è posposto a questi creditori per ciò solo che il processo verbale non è *inscritto* che durante il corso dei lavori. A maggior ragione deve essere posposto quando il processo verbale è *steso* soltanto dopo che i lavori sono cominciati. Devesi dire lo stesso dei creditori anteriori ai lavori? La difficoltà, nella specie, non dipende dall'inscrizione del processo verbale perchè la pubblicità è indifferente ai creditori anteriori. La questione sta nel sapere se, in mancanza di processo verbale steso prima dell'inizio dei lavori, il privilegio dell'architetto può sorgere. Vi ha un dubbio molto serio, ed è che la legge esige la prima perizia come condizione d'esistenza del privilegio, e vuole che il processo verbale sia steso avanti l'apertura dei lavori (n. 52). Il dubbio solo ci pare decisivo. Dal momento che non si è nei termini della legge, non vi ha privilegio. Secondo l'opinione generale, si distingue. Se i lavori permettono di constatare ancora lo stato dei luoghi anteriore alle opere già eseguite, in questo caso si ammette che il privilegio esiste, mentre non esiste se le opere sono troppo avanzate perchè si possa constatare quale forse lo stato primitivo dei luoghi (1). La distinzione è equa, ma contraria al testo, il che, in materia di privilegi, basta per farla respingere.

Fu proposta un'altra distinzione. Il processo verbale si fa in un tempo in cui non è più possibile riconoscere con esattezza lo stato dei luoghi anteriore ai lavori. 'E certo che, in questo caso, l'architetto non può essere preferito ai creditori anteriori all'inizio dei lavori per le opere che ha eseguite

(1) MARTOU, t. II, p. 223, n. 602. AUBRY e RAU, t. III, p. 176, nota 38, § 263 e le sentenze che vi sono citate.

prima di procedere alla perizia, perchè, senza perizia anteriore ai lavori, non potrebbe esservi privilegio. Ma l'architetto non avrà privilegio per le opere che eseguirà a partire dal processo verbale? La giurisprudenza è divisa. La Corte di cassazione si è pronunciata contro l'architetto. Essa invoca il testo e lo spirito della legge. Se si sta rigorosamente al testo, bisogna rifiutare il privilegio all'architetto. Infatti, egli non ha adempito la condizione che la legge esige per l'esistenza del privilegio (art. 27, 5.°), il che è decisivo. Questo rigore si giustifica coll'interesse che i creditori anteriori hanno a che la perizia si faccia in un momento in cui lo stato dei luoghi può essere constatato con esattezza. Ben più che un interesse per loro, è un diritto stabilito dalla legge, perchè la legge vuole che essi siano chiamati alla prima perizia (1). Lo spirito della legge che la Corte invoca ci lascia un dubbio sulla dottrina che essa ha consacrata. L'architetto non oppone il suo privilegio ai creditori anteriori per i lavori che egli ha fatto prima di stendere il suo processo verbale. Dunque l'interesse ed il diritto dei creditori anteriori non sono in causa. Il loro interesse è tutelato, perchè essi esercitano la loro ipoteca sul fondo, avuto riguardo allo stato dei luoghi al momento in cui è steso il processo verbale. Anzichè perdere, essi guadagnano, poichè approfittano delle opere già eseguite. Il loro diritto è rispettato, giacchè si suppone che siano chiamati alla perizia che si fa. Vi hanno sentenze della Corte di Parigi in questo senso (2). Tuttavia noi preferiamo la giurisprudenza più rigorosa della Cassazione. Non è esatto dire che il diritto e l'interesse dei creditori anteriori sono salvi. Supponiamo che i lavori consistano nel demolire antiche costruzioni per sostituirle con fabbricati nuovi. Al momento in cui è steso il processo verbale, il lavoro di demolizione è compiuto e sta per cominciare la ricostruzione. 'E certo che, in questa ipotesi, non si potrà determinare con sicurezza lo stato dei luoghi anteriore ai lavori e così pure non si può dire che i creditori anteriori approfitteranno delle opere. Invano essi saranno chiamati al processo verbale: è troppo tardi per tutelare il loro interesse. E questo interesse essendo un diritto, bisogna dire, colla Corte suprema, che la condizione richiesta per garantire i diritti dei creditori anteriori non potendo essere adempita mercè un processo verbale steso nel corso dei lavori, l'architetto non avrà privilegio.

---

(1) Rigetto, 20 novembre 1839 (DALLOZ, v. *Privilèges*, n. 471), e rigetto 1.° marzo 1853 (DALLOZ, 1853, 1, 216). Vi ha, in questo senso, una sentenza, molto ben redatta, del tribunale della Senna, confermata in appello, Parigi, 26 marzo 1836 (DALLOZ, v. *Privilèges*, n. 468, 2.°).

(2) Vedi le sentenze nel *Repertorio*, di DALLOZ, v. *Privilèges*, n. 472, e Parigi, 20 agosto 1867 (DALLOZ, 1867, 2, 188). Cfr. MARTOU, t. II, p. 224, n. 604.

§ VIII. — *Della separazione di patrimonii.*

116. L'art. 39 assoggetta alla pubblicità la separazione dei patrimonii. Si deve conchiuderne che il diritto dei creditori e dei legatarii è un privilegio? Rimandiamo a quanto si è detto, su questa difficile materia, al titolo delle *Successioni* (vol. X, nn. 28-38 e 55-69).

§ IX. — *Dei cessionarii dei crediti privilegiati.*

117. « I cessionarii dei crediti privilegiati esercitano gli stessi diritti dei cedenti in loro luogo e vece conformandosi alle disposizioni dell'art. 5 della presente legge » (art. 40) 'E questa la riproduzione dell'art. 1692 del codice Napoleone, a termini del quale la cessione di un credito comprende gli accessorii del medesimo come fideiussione, *privilegio* e ipoteca. Si è osservato che l'art. 40 dispone che i cessionarii esercitano gli *stessi diritti*, e se ne è conchiuso che i cessionarii godevano anche del diritto di risoluzione che spetta al cedente. Rimandiamo a quanto si è detto, al titolo della *Vendita*, su questa questione (volume XXIV, n. 535). Quella è la sede della difficoltà, e non l'art. 40, il quale non parla che dei privilegi, come prova il rinvio all'art. 5, che prescrive la pubblicità della cessione quando il credito è privilegiato o ipotecario. Abbiamo spiegato questa disposizione parlando della *Trascrizione*.

118. Il creditore cede una parte del credito. Quali sono, in questo caso, i diritti rispettivi del cedente e del cessionario? Entrambi hanno un credito privilegiato, ed identica essendo la causa del privilegio, bisogna applicare l'art. 14 (cod. civ. articolo 2097), a termini del quale i creditori privilegiati, che hanno un privilegio della stessa qualità, hanno lo stesso grado e sono pagati con preferenza. Ciò fu contestato dal Troplong, ma la soluzione essendo scritta nel testo del codice, è inutile discutere ciò che la legge ha deciso. La giurisprudenza è in questo senso (1). Accade altrimenti quando un creditore riceve un pagamento parziale con surrogazione. Si applica, in questo caso, l'art. 1252, il quale dice: « La surrogazione non può nuocere al creditore, quando questi non fu pagato che in parte. In tal caso egli può far valere le sue ragioni per il restante che gli è dovuto, con preferenza a quello da cui non ha ricevuto che un pagamento parziale ». Abbiamo detto, al titolo

---

(1) Cassazione, 4 agosto 1817 (Dalloz, v. *Privilèges*, n. 495), e 29 maggio 1866 (Dalloz, 1866, 1, 481). Pont discute la questione (t. I, p. 232, n. 239).

delle *Obbligazioni*, quale sia il motivo di questa preferenza e perchè il cessionario non possa invocarla (vol. XVIII, n. 132).

119. Devesi ammettere un'eccezione a questi principii quando il cedente ha garantito la solvibilità del debitore? La Corte di Parigi ha giudicato che, in questo caso, il cessionario deve essere pagato con preferenza. Ci pare assai dubbio. La garanzia è un'obbligazione personale che non conferisce al cessionario alcun diritto reale sulla cosa. Nel caso giudicato dalla Corte di Parigi, vi era una seconda cessione fatta senza garanzia di solvibilità. Essa ha deciso che il cedente non aveva potuto trasferire la parte del credito che gli restava se non col diritto di preferenza di cui era gravato a favore del primo cessionario, perchè, dice la sentenza, il secondo cessionario non può avere maggiori diritti del suo cedente (1). Qui sta l'errore, a nostro avviso. Le obbligazioni non si trasmettono agli aventi causa a titolo particolare: soltanto i diritti reali possono essere esercitati contro qualunque successore. Ora, la promessa di garanzia non genera che un vincolo personale fra il cedente e il cessionario; il che è decisivo.

Art. 4. — Concorso dell'azione di risoluzione coi privilegi del venditore, del permutante e del donante.

§ I. — *Il principio del codice civile e il principio della nuova legge.*

N. 1. — Il codice civile.

120. Vi sono tre creditori privilegiati che, oltre il loro privilegio, hanno un'azione di risoluzione dell'atto che diede vita al privilegio: il venditore, il donante e il permutante. Quando il compratore non paga il prezzo, il venditore ha due diritti: può reclamare il prezzo con privilegio e può chiedere la risoluzione della vendita. Il donante che ha imposto oneri al donatario può esigere l'esecuzione di questi oneri con privilegio. Egli ha pure l'azione di rivocazione della donazione, azione fondata, come quella del venditore, sulla condizione risolutiva tacita. Infine il permutante evitto può agire per danni ed interessi, con privilegio, e può altresì ripetere la cosa sua (art. 1705). Anche questa azione di ripetizione è un'azione di risoluzione del contratto (nn. 2, 22 e 25).

121. Quale è il rapporto che intercede fra l'azione di risoluzione e il privilegio? Vi ha un effetto comune al privilegio ed al-

(1) Parigi, 17 aprile 1834 (Dalloz, v. *Privilèges*, n. 494). Nello stesso senso, Pont, t. I, p. 231, n. 239.

l'azione di risoluzione, ed è che l'esercizio dell'uno e dell'altro di questi diritti reagisce contro i terzi. Il privilegio, per sua essenza, è una prelazione che il creditore privilegiato ha sugli altri creditori. Questa prelazione gli dà un diritto reale sull'immobile, e, quindi, il diritto di evizione. Il creditore privilegiato ha dunque l'azione ipotecaria contro qualunque terzo detentore. Questa azione conduce all'evizione del proprietario che possiede un immobile gravato da privilegio. L'azione di risoluzione è un'azione personale, poichè nasce da un contratto, ma quando il contratto è risolto, tutti i diritti concessi a terzi dal proprietario il cui diritto è risoluto sono risoluti dal pari, si tratti di alienazioni, ipoteche o di qualsiasi altro diritto reale.

122. I terzi sono dunque sommamente interessati a conoscere l'esistenza del privilegio e dell'azione di risoluzione al momento in cui trattano con un proprietario il cui fondo è gravato di privilegio o il cui diritto è soggetto a risoluzione. Il codice Napoleone assoggetta i privilegi alla pubblicità nell'interesse dei terzi. Il privilegio che non è reso pubblico non può essere opposto ai terzi acquirenti, ai creditori ipotecarii, e nemmeno ai creditori chirografarii. Quanto ai privilegi inscritti, i terzi li conoscono, per conseguenza trattano con cognizione di causa, e possono tutelare i loro interessi.

Non accade così dell'azione di risoluzione. Essa è fondata sopra una condizione tacita, risultante dall'inadempimento delle obbligazioni contratte dal compratore. Sotto l'impero del codice civile, gli atti traslativi di proprietà non erano soggetti a trascrizione, e questa per sè sola non fa conoscere la condizione risolutiva tacita che colpisce la proprietà dell'acquirente. Il codice diceva, propriamente, che il privilegio del venditore si conservava colla trascrizione, il che supponeva la conservazione del principio di pubblicità organizzato dalla legge di brumajo anno VII. Disgraziatamente questo sistema fu abbandonato, di modo che l'art. 2108 resta lettera morta, e, per conseguenza, nulla faceva conoscere ai terzi che fosse dovuto il prezzo ad un venditore, armato del diritto di risoluzione. La condizione risolutiva rimaneva dunque segreta. I terzi potevano essere evitti da un venditore non soddisfatto senza che avessero un mezzo di conoscere l'esistenza del diritto che veniva a risolvere la loro proprietà.

123. La contraddizione era evidente. Se il privilegio deve essere reso pubblico per garantire gli interessi dei terzi, anche l'azione di risoluzione deve essere resa pubblica, perchè i terzi, trovandosi minacciati egualmente dalla risoluzione, hanno interesse a conoscere tanto il diritto di risoluzione quanto il privilegio. Non si arrestava qui la contraddizione dei principii che il codice civile consacrava. Il terzo acquirente aveva un mezzo di liberare l'immobile dalle ipoteche e dai privilegi che lo gravavano, ossia la purgazione. Ma la purgazione non cancellava l'azione di risoluzione. Invano il terzo acquirente purgava il privilegio

del venditore; il diritto di risoluzione sopravviveva al privilegio. La proprietà dei terzi acquirenti era dunque incessantemente minacciata dal diritto di risoluzione di un venditore non soddisfatto; essi non erano al coperto dell'evizione che quando l'azione di risoluzione rimaneva estinta colla prescrizione.

124. Il privilegio e il diritto di risoluzione erano governati da principii essenzialmente diversi. Secondo le teorie del codice, questi due diritti erano indipendenti l'uno dall'altro, di modo che il privilegio poteva perire, e il venditore conservava tuttavia il diritto di risoluzione. Abbiamo detto che accadeva così in caso di purgazione. La legge prescriveva regole severe per la conservazione del privilegio, tutte dettate dall'interesse dei terzi. Se il privilegio non era inscritto, se l'inscrizione non era rinnovata, il venditore trovavasi decaduto dal suo diritto di preferenza. Questa decadenza importava quella dell'azione di risoluzione? No, perchè il diritto di risoluzione non era una dipendenza del privilegio. I due diritti erano distinti per la loro natura, il loro oggetto, il loro effetto. Il privilegio è una garanzia accessoria del credito, diritto essenzialmente mobiliare, mentre la risoluzione è un diritto immobiliare, perchè tende a sciogliere una vendita immobiliare e a far rientrare l'immobile nelle mani del venditore, come se non ne fosse mai uscito. Quando il venditore esercita il privilegio, mantiene il contratto di cui chiede l'esecuzione. Quando esercita l'azione di risoluzione, chiede la risoluzione del contratto, e se il giudice la pronuncia si ritiene che la vendita non sia mai esistita. Queste differenze fra i due diritti sono reali; esse sussistono sempre, ma la conseguenza che ne risultava sotto l'impero del codice era disastrosa, ed è su questo punto che il legislatore belga ha innovato.

125. Il sistema del codice era altrettanto assurdo nelle sue conseguenze quanto funesto per i terzi. Assoggettando la conservazione del privilegio a condizioni rigorose, la legge voleva garantire i diritti dei terzi, ma invano essa dichiarava il venditore decaduto dal privilegio, nell' interesse dei terzi acquirenti; essa sacrificava questi interessi permettendo al venditore decaduto dal privilegio di chiedere la risoluzione della vendita. « Può ammettersi, grida Merlin, che un terzo acquirente il quale, in mancanza d'inscrizione, non può essere escusso ipotecariamente dal venditore, possa tuttavia essere da questo espropriato? ». La mente logica del grande giureconsulto si ribellava contro questa assurdità, e tuttavia era obbligato a riconoscere che il diritto di risoluzione sopravviveva al privilegio. Si tentò di sostenere che non sopravviveva, ma la giurisprudenza escluse questa interpretazione contraria ai principii e senza appoggio nei testi (1). Essa fu obbligata a consacrare le conseguenze più estreme del principio che il privilegio è indipendente dall'azione di risoluzione.

(1) MARTOU, t. II, p. 234, e nota 1, n. 615 e le sentenze che cita.

Il venditore non conservava soltanto il suo diritto alla risoluzione quando aveva trascurato di adempiere le formalità prescritte per la conservazione del privilegio, ma poteva chiedere la risoluzione anche dopo avere formalmente rinunciato al suo diritto di prelazione, perchè egli aveva due diritti distinti, e rinunciando all'uno non rinunciava all'altro. Quando si apriva una graduatoria per la distribuzione del prezzo dell'immobile, il venditore vi era chiamato come creditore privilegiato. Il suo privilegio gli assicurava il pagamento del credito. Se credeva di non presentarsi alla graduatoria, conservava tuttavia il diritto di risoluzione, il cui esercizio faceva cadere la vendita volontaria o coatta dell'immobile. Invano il terzo acquirente purgava; egli cancellava i privilegi del venditore, ma non già il diritto di risoluzione (1).

N. 2. — **La nuova legge.**

126. Gli effetti funesti della condizione risolutiva hanno fatto nascere il pensiero di abolirla in uomini preoccupati innanzi tutto dell'interesse del credito, perchè è questo interesse che è in causa nel regime ipotecario, e per conseguenza nel concorso dell'azione di risoluzione e del privilegio. Essendo stato nel 1850 sottoposto all'Assemblea nazionale un progetto di legge sul regime ipotecario, gli economisti domandarono che la condizione risolutiva non avesse alcun effetto a riguardo dei terzi. Era come domandarne l'abolizione. Non mancavano loro le buone ragioni sul campo dell'economia politica. Essi dicevano che la ricchezza privata e quella pubblica non possono svilupparsi se non quando il legislatore assicuri ai proprietarii il credito al quale dà loro diritto il valore dei beni che posseggono. Ciò suppone che essi possono vendere e prendere a mutuo facilmente. Ma perchè il proprietario trovi acquirenti o mutuanti, bisogna che i terzi abbiano una completa garanzia della solidità dell'impiego che fanno dei loro capitali, comperando o mutuando su garanzia ipotecaria. Ora, tutte le garanzie che la legge accorda loro o che essi stipulano possono divenire illusorie se un venditore non soddisfatto ha il diritto di evincerli. Che avverrà? O essi non tratteranno, o lo faranno a condizioni onerose pel proprietario. Il credito ne sarà scosso, e, per conseguenza, la ricchezza dei privati ne soffrirà al pari di quella pubblica. Gli economisti soggiungevano che l'azione di risoluzione non aveva ragion d'essere, poichè il venditore era sufficientemente garantito dal suo privilegio, che gli assicura il pagamento.

127. Uomini d'ingegno prestarono a questa teoria l'appoggio

---

1) Vedi le testimonianze in AUBRY e RAU, t. IV, p. 401 e seg., note 40-43, § 356. Cfr. MOURLON, *Della trascrizione*, t. II, p. 422, nn. 750 e 751.

della loro eloquenza. Vatimesnil, Michel de Bourges, Dupont de Boussac attaccarono la condizione risolutiva con violenza, e sul terreno economico era difficile risponder loro. Ma la questione ha anche un altro aspetto, quello del diritto. Due giureconsulti che illustrano la cattedra e il foro, Valette e Cremieux, assunsero la difesa del diritto. Qui la scena cambia. Si può vietare alle parti contraenti di subordinare le loro convenzioni ad una condizione risolutiva? No, perchè è l'esercizio legittimo della proprietà, e, salvo i socialisti e i comunisti, nessuno ha ancora domandato che la proprietà sia vincolata, vale a dire annullata, in nome dell'economia politica. Gli avversarii della condizione risolutiva non osarono spingersi fin qui, eppure bi sognerebbe giungervi ove si voglia ripudiare la condizione risolutiva tacita, perchè questa condizione non è altro che il patto commissorio trasportato nella legge, il che dispensa le parti dallo stipularlo. Ma è sempre per la loro volontà che la condizione risolutiva è sottintesa nei contratti sinallagmatici. La legge non la impone loro; essa suppone che le parti la vogliono, e tale è appunto la realtà delle cose. Se le parti vogliono la risoluzione, nel caso in cui una di esse manchi alle sue obbligazioni, e se hanno il diritto di volerla, tutto è deciso. Non vi ha diritto contro il diritto e specialmente non vi ha interesse contro il diritto. Noi abbiamo un gran rispetto per l'economia politica, ma abbiamo un rispetto ancora maggiore per il diritto perchè l'impero spetta al diritto e non agli interessi. Importa ai popoli essere ricchi, ma disgraziati se lo divengono sacrificando il diritto alla loro prosperità materiale! Una simile società riposa sulla sabbia del deserto, e quando giunge la tempesta, s'inabissa nel fango. Noi diffidiamo dell'economia politica dopochè abbiamo inteso sostenere, in suo nome, le tesi più assurde, come la libertà del padre di famiglia d'istruire o di non istruire i figli, la libertà di ucciderli fisicamente o moralmente, mandandoli all'officina in un'età in cui dovrebbero ancora stare alla scuola protettrice. Il diritto del figlio protesta contro simili enormità. 'E bene che la voce del diritto si faccia sentire in seno ad una società che si lascia indurre a non ascoltare che l'interesse.

La lotta durò tre giorni all'Assemblea nazionale. Il diritto finì col prevalere (1). Non vi era che un'obbiezione speciosa che gli economisti tolsero al diritto. Il privilegio, a sentirli, bastava per garantire i diritti del venditore. Se fosse così, la legge potrebbe contentarsi di dare questa sicurtà al venditore. Sarebbe inutile accordargli il diritto di risoluzione. Ma l'esperienza quotidiana prova che il privilegio è insufficiente, ed è per questo che il venditore chiede la risoluzione. Egli ha venduto

(1) MOURLON l'ha riassunta benissimo nel suo *Trattato della trascrizione*, t. II, p. 435, nn. 772-776.

per riscuotere il prezzo della cosa sua; assicurategli questo prezzo, ed egli non domanderà la risoluzione della vendita. Ma se la cosa è deprezzata, la vendita coatta dell'immobile, che assorbe già in spese una parte del prezzo, darà al venditore il suo prezzo integrale? Non glie ne resta sovente che la metà. Ecco perchè è costretto a ricorrere alla risoluzione, più speditiva, meno costosa e più efficace dell'espropriazione forzata.

128. Gli economisti avevano però ragione sovra un punto, ed i giureconsulti non pensavano a contestarlo. Essi erano stati i primi a segnalare i vizii del sistema che il codice civile consacrava. Vi era completa disarmonia in questo sistema. Il privilegio era pubblico e l'azione risolutiva era segreta. In mancanza di pubblicità, il privilegio si estingueva, mentre l'azione risolutiva sopravviveva. Il terzo acquirente poteva cancellare il privilegio, e non aveva alcun mezzo di mettersi al coperto della risoluzione. Bisognava correggere questi difetti, e il mezzo era semplicissimo, fare il contrario di ciò che avevano fatto gli autori del codice. Non abolire l'azione risolutiva, ma renderla pubblica, subordinandola in tutto al privilegio. Fu un ministro del secondo impero, Rouher, che propose questa innovazione. Essa risolveva il problema mantenendo il diritto di risoluzione, ma dandogli la pubblicità del privilegio, e dichiarandolo estinto quando fosse estinto il privilegio. Il diritto di proprietà era rispettato e gli interessi dei terzi tutelati. Si dava dunque soddisfazione a quanto vi era di legittimo nei reclami degli economisti. 'E la clandestinità che crea i pericoli di cui soffrono i terzi. La pubblicità li avverte e li mette in grado di tutelare i loro interessi.

La proposta di Rouher fu adottata dall'Assemblea nazionale, e passò nella legge francese del 1855 sulla trascrizione (1). Nella discussione della nostra legge ipotecaria, il ministro della giustizia propose la stessa soluzione, completandola. Anzitutto essa si trova naturalmente estesa al privilegio del permutante e del donante, le ragioni essendo identiche. Poi l'art. 28 permette ai terzi d'arrestare l'azione di risoluzione offrendo il prezzo all'attore, ed anche dopo che la risoluzione è pronunciata, la legge trasporta il diritto dei terzi creditori ipotecarii sulle somme che l'attore è nel caso di restituire. Infine la legge belga organizza la purgazione in modo che l'azione risolutiva sia cancellata o non nuoca al terzo acquirente. Ritorneremo su quest'ultimo punto trattando della purgazione. Pel momento, limitiamo le nostre spiegazioni all'art. 28.

(1) Trascriviamo l'art. 7 della legge, perchè si possa confrontarlo coll'art. 23 della nostra legge. Vi sono alcune differenze. « L'azione risolutiva stabilita dall'art. 1654 del codice Napoleone non può essere esercitata, dopo l'estinzione del privilegio del venditore, in danno dei terzi che hanno acquistato dall'acquirente diritti sull'immobile, e che si sono conformati alle leggi per conservarli ».

§ II. — *A quali casi è applicabile l'art. 28?*

129. L'art. 28 dispone: « L'azione risolutiva della vendita, stabilita dall'art. 1654, non può essere esercitata dopo l'estinzione o la decadenza del privilegio stabilito dall'articolo precedente ». Quale è l'azione risolutiva che la legge subordina alla conservazione del privilegio? L'art. 28 non si applica che alla condizione risolutiva richiamata dall'art. 1654, il quale è così concepito: « Se il compratore non paga il prezzo, il venditore può chiedere la risoluzione della vendita ». Questa disposizione non è che l'applicazione del principio generale consacrato dall'art. 1184 in questi termini: « La condizione risolutiva è sempre sottintesa nei contratti sinallagmatici, pel caso in cui una delle parti non soddisfaccia alla propria obbligazione ». 'E quello che si chiama la condizione risolutiva tacita. Ne consegue che l'articolo 28 non è applicabile che alla condizione risolutiva tacita, perchè la legge è concepita in termini restrittivi. Essa cita l'art. 1654, che applica alla vendita la condizione risolutiva tacita. Oltre la condizione risolutiva tacita, vi è una condizione risolutiva espressa, è quella definita dagli art. 1183 e 1168. Essa è stipulata dalle parti ed ha per effetto di revocare e rescindere il contratto rimettendo le cose nel pristino stato come se l'obbligazione non fosse mai esistita. La condizione risolutiva espressa, al pari della tacita, opera la risoluzione, non solo della vendita alla quale è inerente, ma anche di tutti gli atti di disposizione fatti dal compratore; di modo che se la vendita è risolta, lo sono pure le alienazioni e le ipoteche consentite dall'acquirente. Giacchè ogni condizione risolutiva agisce contro i terzi, perchè il legislatore ha limitato la sua innovazione alla condizione risolutiva tacita? 'E vero che la condizione risolutiva espressa ha per i terzi gli stessi risultati della condizione risolutiva tacita, essa annulla compiendosi tutti i diritti che i terzi hanno acquistato sulla cosa. Tuttavia essa è meno pericolosa. Anzitutto, secondo il sistema della nuova legge, essa è resa pubblica, dovendo l'atto di vendita essere trascritto integralmente affinchè la proprietà sia trasferita a riguardo dei terzi. Quelli che trattano col possessore d'un immobile potranno dunque assicurarsi dell'esistenza delle condizioni sotto le quali egli ne è divenuto proprietario. Essendo avvertiti della pubblicità dell'atto, essi trattano con cognizione di causa. Il più delle volte non tratteranno, poichè rischiano di vedere i loro diritti risolti se la condizione si compie. È ancora un male, ma esso è inerente ad ogni condizione, e la legge non poteva proibire i contratti condizionali. D'altronde il principio dell'articolo 28 non può ricevere la sua applicazione alla condizione risolutiva espressa. Infatti, esso suppone nel venditore due

diritti, l'azione risolutiva è un privilegio. Ora, nel caso di una condizione risolutiva espressa, il venditore non ha che un solo diritto, il diritto alla risoluzione, ma non privilegio. Non poteva dunque trattarsi di subordinare l'azione risolutiva alla conservazione d'un privilegio che non esiste (1). A dire il vero, non vi ha nemmeno *azione* risolutiva poichè la risoluzione ha luogo di pien diritto. Perchè sia applicabile l'art. 28 bisogna dunque che il creditore abbia ad un tempo un privilegio ed un'azione risolutiva. Così è del venditore quando non è pagato il prezzo.

130. L'art. 28 soggiunge che avviene lo stesso dell'azione di ripresa dell'oggetto permutato stabilita dall'art. 1705. Questo articolo dispone: « Il permutante che ha sofferta l'evizione della cosa ricevuta in permuta, può a suo arbitrio domandare la rifusione dei danni ed interessi, o ripetere la cosa ». Egli ha dunque due diritti come il venditore. Può domandare la rifusione dei danni ed interessi che rappresentano il valore della cosa e tengono luogo di prezzo al permutante evitto. Questo diritto è garantito da un privilegio (art. 27 2.°). Il permutante può anche ripetere la cosa. Questa azione di ripetizione è una vera azione di risoluzione fondata sul principio dell'art. 1186. Il copermutante si obbliga a trasferire la proprietà della cosa che dà in cambio di quella che riceve. S'egli non adempie questa obbligazione, e se il copermutante è evitto della cosa che ha ricevuta, vi ha luogo ad applicare la condizione risolutiva tacita dell'art. 1184. Così il permutante evitto si trova nella stessa condizione del venditore non soddisfatto. Egli ha ad un tempo un privilegio per il pagamento dei danni ed interessi che può reclamare, e l'azione risolutiva. La legge ha dunque dovuto applicare al permutante il principio ch'essa stabilisce riguardo il venditore.

131. L'art. 28 si applica anche alla donazione quando è onerosa. A termini dell'art. 953, la donazione può essere *revocata* per l'inadempimento delle condizioni sotto le quali è stata fatta. Questa *revocazione* non è altro che la *risoluzione*. Non adempiendo il donatario le sue obbligazioni, il donante può chiedere la risoluzione, in applicazione del principio dell'art. 1184. Anche a lui la legge dà un privilegio. Vi ha dunque concorso del privilegio e dell'azione risolutiva, che è l'ipotesi prevista dalla nuova legge. L'azione risolutiva sarà subordinata alla conservazione del privilegio.

Lo dice la legge nel secondo alinea dell'art. 28:

« La stessa regola s'applica all'azione di rivocazione fondata sull'inadempimento delle condizioni che avrebbero potuto essere garantite dal privilegio ». Questa redazione è abbastanza strana. La

(1) Martou, t. II, p. 236, n. 616. Cfr. Aubry e Rau, t. IV, p. 402, nota 47, § 356.

legge non parla della donazione; essa non cita, come fa nel caso di vendita e di permuta, l'articolo del codice che stabilisce il principio della risoluzione (art. 953). Concepita in termini generali, la disposizione sembra comprendere altri casi oltre alla donazione. Infatti, la vendita può esser fatta con oneri che tengon luogo di parte del prezzo. Il venditore ha, in questo caso, un privilegio per assicurare l'esecuzione degli oneri, ed un'azione di risoluzione se gli oneri non sono eseguiti. Questa ipotesi rientra nei termini generali del secondo alinea, ma era inutile prevederla qui, poichè essa cade sotto l'applicazione della regola stabilita dal primo alinea, gli oneri essendo compresi sotto il nome di *prezzo*.

Il secondo alinea si applica alla permuta? 'E certo che anche la permuta può esser fatta sotto certi oneri che tengono luogo di saldo e di danni ed interessi ai quali il copermutante ha diritto in caso di evizione. In questi casi il permutante ha due diritti, un privilegio ed un'azione di risoluzione. Questa ipotesi rientra nel secondo alinea, ma era inutile prevederla quindi, cadendo essa pure sotto l'applicazione del primo.

Bisogna dunque dire che la legge è mal redatta. Essa intendeva parlare, nel secondo alinea, del donante. Ciò che lo prova si è che ssa si serve della parola *rivocazione*, ed è questo il termine tecnico per indicare la risoluzione della donazione in caso d'inadempimento degli oneri (art. 953 e 954). In ogni ipotesi, la legge avrebbe dovuto menzionare specialmente la donazione, come menziona la vendita e la permuta, perchè, dopo i due primi alinea, ne viene un terzo, in cui è questione del venditore, del permutante e del *donante*, mentre nelle disposizioni che precedono non si parla del *donante*, almeno esplicitamente. Sarebbe stato più semplice dire che la stessa regola s'applica all'azione di rivocazione della donazione stabilita dall'art. 953 (1).

132. L'art. 28 si applica al patto commissorio? Si dà questo nome alla condizione risolutiva tacita quando è scritta nel contratto. Una tal clausola è frequentissima in materia di vendita. L'art. 1656 prevede una clausola commissoria, quella la quale stabilisce che, in mancanza di pagamento del prezzo nel termine convenuto, la vendita sarà risolta di pien diritto. Di qui la questione di sapere se l'art. 28 è applicabile al caso previsto dall'art. 1656. La questione deve essere posta in termini più generali, perchè l'art. 1656 non prevede che una delle forme del patto commissorio. Bisogna dunque generalizzare la questione e domandare se l'art. 28 sia applicabile alla condizione risolutiva stipulata pel caso che il compratore non pagasse il prezzo. Vi ha controversia. A nostro avviso, bisogna distinguere fra il patto commissorio che s'identifica colla condizione risolutiva tacita e il

(1) Cfr., in senso diverso, MARTOU, t. II, p. 240, n. 625; CLOES, t. I, p. 452, nn. 768-770, e DELEBECQUE, p. 149, n. 181.

patto commissorio che produce gli effetti della condizione risolutiva espressa.

Quando il patto commissorio non fa che riprodurre i termini dell'art. 1654 o dell'art. 1184, non differisce per nulla dalla condizione risolutiva tacita, e quindi cade sotto l'applicazione dell'art. 28. Rimandiamo, quanto al principio, al titolo delle *Obbligazioni*. Il testo della legge è applicablile a questa ipotesi il che è decisivo in materia di privilegi. L'art. 28 dice: « *L'azione risolutiva della vendita*, stabilita dall'art. 1634 ». Nella specie, il patto commissorio dà luogo ad un'*azione risolutiva*. Quanto all'art. 1654, anch'esso suppone che sia *domandata* la risoluzione se il compratore non paga il prezzo. Ora, la risoluzione deve essere *domandata* nel caso in cui il patto commissorio non fa che trascrivere nell'atto la disposizione dell'art. 1654 o quella dell'art. 1184. Infatti, il carattere che distingue la condizione risolutiva tacita è che essa non scioglie il contratto di pien diritto; la risoluzione deve essere *domandata* giudizialmente. Siamo dunque nei termini dell'art. 1654. Vi è però un'obbiezione. Ciò che rende la condizione risolutiva tacita così pericolosa per i terzi è ch'essa è occulta; i terzi non possono sapere se vi ha un venditore non pagato. Ora, quando la condizione risolutiva è scritta nel contratto, è resa pubblica colla trascrizione. Dunque i terzi possono conoscerla, e, per conseguenza, i pericoli della risoluzione scompaiono, nel senso che i terzi trattano con cognizione di causa. L'obbiezione sarebbe decisiva se il testo non risolvesse la difficoltà. Tutto è di rigore in questa materia. Si può aggiungere che il patto commissorio non avverte sufficientemente i terzi. 'E una clausola di prammatica la quale non apprende ai terzi che quello che sanno dalla legge, cioè che, se il compratore non paga il prezzo, il venditore può chiedere la risoluzione della vendita. A questo si può rispondere che l'inserzione del patto commissorio nel contratto apprende almeno una cosa ai terzi, cioè che il prezzo non è pagato e ch'essi devono, per conseguenza, aspettarsi la risoluzione del contratto In sostanza, bisogna stare al testo e dire che se vi ha concorso di un'azione risolutiva e di un privilegio, l'art. 28 deve ricevere la sua applicazione.

Fin qui abbiamo supposto una vendita. L'applicazione della legge alla permuta ed alla donazione prova che il principio resta applicabile, quantunque i terzi abbiano avuto conoscenza dell'azione risolutiva. Il copermutante non ha privilegio, in caso d'evizione, che quando l'atto determina una somma fissa a titolo di danni ed interessi. L'atto è trascritto; i terzi sanno dunque che il permutante avrà un privilegio ed un'azione risolutiva in caso d'evizione. Essi sono avvertiti, il che non toglie che l'art. 28 sia applicabile. Così pure il donante non ha un privilegio ed un'azione di risoluzione che quando l'atto di donazione fa conoscere l'importo degli oneri che il donatario dovrà eseguire. I terzi sono dunque prevenuti dalla trascrizione che

potrà esservi risoluzione a loro danno, eppure possono invocare il principio dell'art. 28. Ciò prova che la legge si attiene sopratutto agli effetti che produrrà la risoluzione, il che rende applicabile il principio allorchè vi è azione risolutiva e privilegio, quand'anche i terzi abbiano potuto aspettarsi una risoluzione. Dopo tutto, essi potevano attendersela anche sotto l'impero del codice civile, perchè la legge apprendeva loro l'esistenza della condizione risolutiva tacita, ma quello che li induceva in errore si era che, il privilegio non essendo conservato, essi dovevano credere che il creditore privilegiato fosse pagato e che, per conseguenza, non vi sarebbe stata risoluzione. Ora, un tale pericolo sussiste, benchè la condizione risolutiva sia scritta nell'atto. Questa considerazione toglie ogni dubbio.

133. Devesi mantenere questa soluzione nel caso in cui il patto commissorio è stipulato come suppone l'art. 1656, vale a dire coll'effetto, che il contratto sarà risolto di pien diritto in mancanza del pagamento del prezzo? Prendiamo come esempio la vendita, perchè è la sola ipotesi usuale, ed è quella che ha dato luogo a controversia. La Corte di Bruxelles ha deciso che l'art. 28 non è applicabile al patto commissorio dell'art. 1656, e, a nostro avviso, essa ha giudicato rettamente (1). Noi abbiamo indotto dal testo, e su questo punto tutti sono d'accordo, che l'art. 28 non s'applica alle condizioni risolutive espresse (n. 129). Ora, il patto commissorio è una condizione risolutiva espressa quando la clausola reca che la vendita sarà risolta di pien diritto in mancanza di pagamento del prezzo, il che è decisivo. Infatti, il testo non può più ricevere applicazione. Esso dice: « *l'azione risolutiva della vendita* », e nel caso previsto dall'art. 1656 non vi ha luogo ad un'*azione;* il contratto è risolto in forza della volontà delle parti contraenti, e quindi siamo fuori del testo. L'art. 28 soggiunge: « l'azione risolutiva *stabilita dall'art. 1656* ». Dunque esso non si applica al patto commissorio dell'art. 1656, il che è molto logico, perchè da una parte vi ha condizione risolutiva tacita e, dall'altra, condizione risolutiva espressa

Vi è però un motivo di dubitare, cioè che il patto commissorio, operi esso di pien diritto o in forza della sentenza del giudice, produce identici effetti, e questi effetti hanno la stessa causa, la mancanza di pagamento del prezzo. Vi ha privilegio e diritto alla risoluzione, e quindi siamo, se non nel testo, almeno nello spirito della legge (2). Noi respingiamo l'obbiezione, perchè in materia di privilegi bisogna attenersi strettamente alla lettera della legge. Si dà anche un'altra risposta, cioè che il concorso dell'azione risolutiva e del privilegio non esiste quando il

(1) Bruxelles, 2 dicembre 1868 (*Pasicrisie,* 1869, 2, 257); MARTOU, t. II, p. 236, n. 617.

(2) CLOES, t. I, p. 447, nn. 761 e 762. Cfr. TROPLONG, *Della trascrizione,* p. 463, nn. 301-305; MOURLON, *Della trascrizione,* t. II, p. 431, n. 769.

patto commissorio prende il carattere d'una condizione risolutiva espressa. Questo è vero quando il contratto sia risolto senza che occorra una manifestazione di volontà. In tal caso, non può più trattarsi di privilegio. Il venditore ha anticipatamente manifestato la sua volontà di non reclamare il privilegio, poichè crede che la vendita sia risolta come se non fosse mai esistita. I terzi non possono dunque dire che, vedendo il privilegio estinto, hanno dovuto credere che il prezzo era soddisfatto. Bisogna lasciar da parte il privilegio per stare alla condizione risolutiva espressa. I terzi hanno saputo, trattando col proprietario soggetto a questa condizione, ch'essi non acquistavano se non un diritto incerto, risolvibile di pien diritto, come quello del loro autore, astrazion fatta dall'estinzione o dalla decadenza del privilegio. Ma questa risposta non è buona nel caso dell'art. 1656. Occorre ancora una manifestazione di volontà perchè il contratto sia risolto, poichè la legge esige una citazione. Quello che ci pare decisivo si è che non occorre più un'azione giudiziale, e quindi l'art. 28 non è più applicabile.

134. Non basta che vi sia condizione risolutiva tacita perchè l'art. 28 sia applicabile; occorre inoltre che il creditore il quale ha diritto alla risoluzione goda d'un privilegio, che ha la stessa causa dell'azione risolutiva. Tali sono i casi previsti dalla legge. Il venditore, per esempio, ha un privilegio per il pagamento del prezzo, ed ha anche l'azione di risoluzione se il compratore non paga, di modo che il diritto al prezzo dà vita ad un tempo ad un'azione risolutiva e ad un privilegio. Se il contratto fosse soggetto a risoluzione per tutt'altra causa che il pagamento d'un credito privilegiato, non vi sarebbe luogo ad applicare l'art. 28, perchè non si sarebbe nè nel testo nè nello spirito della legge. Il testo dichiara il creditore decaduto dalla sua azione risolutiva dopo l'estinzione o la decadenza del privilegio, e non può essere questione di perdita di privilegio quando privilegio non esiste. Lo scopo della legge non è di garantire i terzi contro qualunque azione risolutiva; essa ha soltanto in vista l'esercizio della condizione risolutiva tacita quando questa appartiene ad un creditore privilegiato.

Occorre anche che il creditore privilegiato abbia adempito le condizioni richieste dalla legge per l'esistenza del suo privilegio? No, la legge non lo esige, ma se si decidesse che il creditore conserva la sua azione risolutiva non adempiendo queste condizioni, gli si permetterebbe d'eludere la legge. Tale sarebbe il caso in cui il permutante non fissasse la somma alla quale ha diritto, a titolo di danni ed interessi, per causa d'evizione. La legge gli dà un privilegio in caso d'evizione; il che basta perchè l'art. 28 sia applicabile, perchè vi ha concorso dell'azione risolutiva con un privilegio, e, in questa ipotesi, l'azione risolutiva non può più essere esercitata dal momento che il creditore non ha privilegio. Se, non facendo alcuna stipulazione relativa ai danni ed interessi, egli conservasse la sua azione risolutiva, i

terzi sarebbero ingannati, e lo scopo della legge è precisamente d'impedire che i terzi siano ingannati (1).

135. Vi sono azioni che hanno analogia coll'azione risolutiva, ma che ne differiscono tuttavia in quanto non sono fondate sopra una condizione risolutiva. Ciò basta perchè non vi sia luogo all'applicazione dell'art. 28. Questa disposizione è eccezionale: essa priva il creditore d'un diritto che tiene dalla convenzione tacita delle parti, e quindi deve essere ristretta al caso che la legge prevede. Si è preteso che il diritto di chiedere la rivendita all'incanto cadeva sotto l'applicazione dell'articolo 28. È un errore. La condizione risolutiva fa rientrare l'immobile nelle mani del venditore, mentre la rivendita è una nuova vendita. La rivendita non è dunque una risoluzione nel senso dell'art. 1184, il che rende inapplicabile l'art. 28 (2).

136. Vi hanno casi nei quali il creditore conserva il suo privilegio e, per conseguenza, la sua azione risolutiva, ma la legge lo costringe a optare, nell'interesse dei terzi, fra l'azione di risoluzione ed il privilegio. Quando l'acquirente adempie le formalità legali per la purgazione dalle ipoteche e privilegi, il creditore privilegiato è obbligato ad optare. Esso mantiene i diritti del creditore, poichè ha conservato il suo privilegio, ma deve esercitare o l'uno o l'altro, per stabilire la posizione del terzo acquirente. Avviene stesso quando l'immobile è espropriato. Anche la situazione dell'aggiudicatario deve essere assicurata, non solo nel suo interesse, ma pure in quello dei creditori precedenti. Non si troverebbe alcun aggiudicatario se rimanesse soggetto all'azione risolutiva Ciò è d'altronde in armonia colla nuova legge. L'azione di risoluzione non può sopravvivere al privilegio, ma, siccome la legge non può spogliare il creditore d'un diritto che gli appartiene, essa l'obbliga a optare (3).

§ III. — *Si può invocare l'articolo 28 e sotto quale condizione?*

137. A termini dell'art. 28, l'azione risolutiva del venditore, del permutante e del donante non può essere esercitata « in danno del creditore inscritto, nè del subacquirente, nè dei terzi acquirenti di diritti reali, dopo l'estinzione o la decadenza dal privilegio ». Così il creditore che non ha conservato il suo privilegio è decaduto dall'azione risolutiva nell'interesse dei terzi. Egli non può più esercitarla in loro danno, il che implica che

(1) CLOES, t. I. p. 450, n. 767. Cfr. MARTOU, t. I, p. 240, n. 624.

(2) Besançon, 16 dicembre 1857 (DALLOZ, 1859, 2, 148). AUBRY e RAU, t. IV, p. 402, nota 46, § 356.

(3) MARTOU, *Commentario*, t. II, p. 238, n. 620.

non è decaduto in modo assoluto dal suo diritto, ma può chiedere la risoluzione contro la parte che non ha adempito le proprie obbligazioni. È l'interesse dei terzi, vale a dire l'interesse del credito pubblico che ha provocato l'innovazione apportata dal legislatore al codice civile.

Quando non è in causa l'interesse dei terzi, si rimane sotto l'impero della legge antica. Il venditore conserva il suo diritto di risoluzione contro il compratore, il permutante contro il copermutante, il donante contro il donatario. Non vi ha concorso, in questo caso, del privilegio e dell'azione risolutiva, poichè il privilegio non si esercita contro il debitore, e quindi l'estinzione o la decadenza del privilegio non può menomamente attentare ai diritti del creditore. Fu giudicato, in applicazione di questo principio, che il venditore può chiedere la risoluzione del contratto contro il fallito quando questi è ristabilito, col concordato, nella libera disposizione dei suoi diritti (1). Altra è la questione di sapere se l'art. 28 sia applicabile, a riguardo della massa, in caso di fallimento. Ritorneremo sull'argomento.

138. La legge ha subordinato l'azione risolutiva alla conservazione del privilegio, nell'interesse dei terzi. Quali sono questi terzi? L'art. 28 risponde alla domanda. Sono anzitutto i *creditori iscritti,* ossia i creditori ipotecarii che hanno conservato il loro diritto coll'inscrizione; se non hanno conservato il loro diritto, per esempio trascurando di rinnovare la loro inscrizione nei quindici anni, non possono più opporre al venditore chiedente la risoluzione che questi è incorso nella decadenza dall'azione risolutiva, perchè i creditori ipotecarii il cui diritto è divenuto inefficace sono assimilati ai creditori chirografari, e questi non possono invocare il beneficio dell'art. 28.

Sono terzi ancora, secondo l'art. 28, i subacquirenti, vale a dire coloro ai quali il compratore, il permutante o il donatario vende la cosa gravata dal privilegio. La legge non dice che i subacquirenti devono trascrivere il loro titolo per avere il diritto d'opporre al venditore la decadenza dall'azione risolutiva. È certo, tuttavia, che soltanto a questa condizione essi possono invocare l'art. 28. La legge francese lo dice, e se la legge belga non l'ha ripetuto, è perchè la condizione è una conseguenza dei principii che la legge stabilisce sul trasferimento della proprietà. Il subacquirente non è proprietario a riguardo dei terzi, finchè non ha trascritto, e quindi non può opporre il suo diritto al creditore che chiede la risoluzione.

Accade lo stesso dei terzi acquirenti di diritti reali, che l'art. 28 pone fra coloro in danno dei quali l'azione risolutiva non può essere esercitata quando il creditore ha perduto il suo privilegio. Bisogna ch'essi abbiano un diritto da opporre al venditore

(1) Lione, 6 aprile 1865 (DALLOZ, 1866, 5, 487). Cfr. MARTOU, t. II, p. 237, numero 618, e p. 240, n. 623; AUBRY e RAU, t. IV, p. 402, nota 44, § 356.

che chiede la risoluzione della vendita; occorre dunque che l'abbiano conservato, sia colla trascrizione, se si tratta d'un diritto soggetto alla trascrizione, sia coll'inscrizione, se si tratta di un'ipoteca o d'un privilegio.

La legge esclude i creditori personali che non hanno diritto sulla cosa. Perchè i creditori chirografarii non possono opporre la decadenza dall'azione risolutiva al venditore? Perchè, si risponde d'ordinario, i creditori personali non hanno altro diritto che quello del loro autore, e siccome il compratore non può invocare, contro il venditore, la decadenza in cui questi è incorso a riguardo dei terzi, i creditori del compratore non possono avere maggior diritto di lui. La risposta è perentoria, secondo i principii del codice civile, ma non lo è nel sistema della legge belga (1). Questa considera i creditori chirografari come terzi per quanto riguarda la trascrizione (art. 1.°). Avrebbe potuto considerarli come terzi anche quando si tratta dell'azione risolutiva. Se non l'ha fatto, è perchè il suo scopo non è di togliere al venditore i diritti che derivano dal suo contratto; essa vuole soltanto mettere al coperto dell'azione risolutiva quelli che hanno acquistato un diritto sulla cosa che il venditore pretende togliere loro. In altri termini, è il credito immobiliare che il legislatore ha inteso garantire, e non il credito che s'accorda alla persona. Coloro che si contentano della garanzia personale seguono la fede del debitore; essi non possono lagnarsi se un venditore non soddisfatto viene a privarli d'una parte del loro pegno. Vi ha una specie d'inconseguenza garantendoli contro il privilegio, che non è reso pubblico, e non garantendoli contro l'azione risolutiva, che resta occulta. L'inconseguenza si spiega collo scopo limitato che la legge ha avuto di mira.

139. L'art. 28 è applicabile quando il debitore fallisce? La questione è molto controversa. Siccome essa riguarda principii che reggono il fallimento, appartiene al diritto commerciale più che al diritto civile. Ci limiteremo ad enunciare succintamente la nostra opinione. Si tratta di sapere se il venditore può chiedere la risoluzione della vendita contro la massa chirografaria. Ora, l'art. 28 pone il principio che i creditori chirografarii del compratore non possono invocare contro il venditore la decadenza nella quale questi è incorso dall'azione risolutiva. Ciò decide la nostra questione, se deve essere risolta coi principii del diritto civile. La sola difficoltà sta nel sapere se i creditori, per effetto del fallimento, acquistano un diritto reale sui beni del fallito. Ci pare molto dubbio. Il fallito è, a dir vero, privato dell'amministrazione dei suoi beni: la massa li amministra e ne dispone mercè gli agenti o sindaci. Questo non è un diritto reale; il fallimento non fa che trasmettere alla massa chirogra-

(1) Cfr. gli autori citati da AUBRY e RAU, t. IV, p. 402, nota 44, § 356, e CLOES, t. I, p. 459, n. 777.

faria i diritti che esercitava il fallito. Ora, l'acquirente non poteva opporre al venditore la decadenza dell'azione risolutiva e quindi il venditore conserva il suo diritto di risoluzione anche contro la massa che rappresenta il debitore. La Corte di cassazione si è pronunciata in questo senso, ma nuove difficoltà sorgono sui motivi del decidere. Noi non possiamo addentrarci in questa quistione (1).

140. Perchè i terzi, come li abbiamo determinati, siano al coperto dell'azione risolutiva, bisogna che il privilegio sia estinto o che il creditore ne sia decaduto. Sono i termini dell'art. 28. Rimane a sapere che cosa la legge intende per estinzione o decadenza del privilegio. Il testo comprende tutti i casi nei quali il creditore privilegiato non può più esercitare il privilegio, qualunque ne sia la causa. Vi ha nel codice civile e nella nostra legge ipotecaria un capitolo relativo alle cause d'estinzione dei privilegi. La prima causa risulta dall'estinzione dell'obbligazione principale: in questo caso, non vi ha più credito, e, per conseguenza, il venditore non ha più alcun diritto. Non è questa l'estinzione che l'art. 28 suppone. Perchè possa trattarsi d'esercitare l'azione risolutiva, bisogna che il credito sussista; soltanto il privilegio che lo garantiva è estinto. Tale è il caso in cui il creditore rinuncia al suo privilegio (art. 108, 2., codice civile, art. 2180). Lo spirito della legge è d'accordo col testo. Se il venditore rinuncia al privilegio, l'inscrizione sarà radiata, e siccome di regola la radiazione non si fa che quando il credito è estinto, i terzi devono credere che il venditore sia soddisfatto e che, per conseguenza, essi si trovino al coperto dell'azione risolutiva. La stessa legge ipotecaria decide così in un caso in cui la rinuncia è implicita. Il creditore dispensa il conservatore dal prendere l'inscrizione d'ufficio. In questa ipotesi, egli è decaduto dal privilegio e dall'azione risolutiva, perchè rinunciando all'inscrizione fa vedere ai terzi interessati che il privilegio non esiste più, che il creditore vi ha rinunciato. L'art. 36 dice che il venditore è *decaduto* dal privilegio e dall'azione risolutiva. 'E piuttosto un'*estinzione* che una *decadenza* poichè implica una rinuncia, ma poco importa, poichè la legge equipara la *decadenza* alla *estinzione*.

L'art. 108 (codice civile, art. 2180) pone anche la prescrizione e la purgazione fra le cause d'estinzione dei privilegi. Abbiamo gia detto che la nuova legge ha organizzato la purgazione in modo ch'essa cancella ad un tempo l'azione risolutiva ed il privilegio. Riguardo alla prescrizione del privilegio, essa importa la radiazione dell'inscrizione che lo conservava, e quando i terzi vedono l'inscrizione radiata, devono credere che il venditore sia

(1) MOURLON discute lungamente la questione nel suo *Trattato della trascrizione*, t. II, p. 463, nn. 812-820. Cfr. AUBRY e RAU, t. III, p. 359, note 10 e 11, § 278. e le autorità che citano, CLOES, t. I, p. 461, nn. 778-781.

soddisfatto e che, per conseguenza, non possano più essere evitti dell'azione risolutiva.

La decadenza differisce dall'estinzione per le cause che la producono; essa implica una specie di pena pronunciata contro il creditore negligente. Tale è il caso previsto dall'art. 37. L'atto di vendita è trascritto, il privilegio conservato, ma soltanto per un termine di quindici anni. Prima che spiri questo termine, il venditore deve rinnovare la sua inscrizione. Se non lo fa, perde il privilegio e, per conseguenza, la sua azione risolutiva. Ne abbiamo detto la ragione (n. 105).

Per gli identici motivi bisogna decidere che se il venditore toglie l'inscrizione, ossia consente che sia radiata, è decaduto dal privilegio e dall'azione risolutiva, quand'anche il credito sussistesse. Infatti la radiazione produce lo stesso effetto della dispensa. Il privilegio era conservato colla trascrizione; il creditore rinuncia ad uno degli elementi della pubblicità richiesta nell'interesse dei terzi, quindi questi devono credere che il creditore non voglia esercitare il suo privilegio, e rinunciare al privilegio è rinunciare all'azione risolutiva. 'E ancora un caso d'estinzione più che di decadenza.

141. Il venditore, il permutante e il donante, che hanno ad un tempo un privilegio ed un'azione risolutiva, conservano il loro privilegio colla trascrizione dell'atto che gli dà vita. Che dovrà dirsi se l'atto non è trascritto? Si potrebbe credere che, in questo caso, il privilegio non è conservato e che, per conseguenza, i creditori incorrono nella decadenza dell'azione risolutiva. Tale non è il sistema della legge belga. Se il compratore non trascrive, non diviene proprietario a riguardo dei terzi, e, per conseguenza, non può concedere a terzi alcun diritto reale sulla cosa. Ora, i terzi che non hanno diritto reale non possono invocare l'art. 28 (n. 138). Invano i terzi contro i quali il venditore chiede la risoluzione direbbero che questi, non avendo conservato il suo privilegio, non può chiedere la risoluzione. Il venditore risponderebbe che a loro riguardo egli è rimasto proprietario e che agisce come tale. Egli non invoca il privilegio, ma invoca il suo diritto di proprietà. Si dirà che, secondo questa opinione, i diritti dei terzi sono sacrificati, mentre l'articolo 28 ha per oggetto di garantirli? Risponderemo che i terzi non sono ammessi ad opporre la decadenza dell'azione risolutiva che quando hanno fatto ciò che la legge esige per la conservazione dei loro diritti. Ora, coloro che trattano con un compratore devono innanzi tutto assicurarsi s'egli è proprietario, e non lo è che colla trascrizione. Dunque, prima di trattare con lui, devono esigere ch'egli trascriva il suo atto d'acquisto. Se hanno l'imprudenza di contrattare con un possessore che non è proprietario a riguardo dei terzi, devono subirne le conseguenze. Essi sono carenti di diritto, secondo lo spirito della legge (nn. 78-84).

142. Il compratore che non ha trascritto rivende l'immobile

e il subacquirente fà trascrivere il suo atto d'acquisto. Il venditore sarà decaduto dal privilegio e, per conseguenza, dall'azione risolutiva? Abbiamo esaminato la questione di principio più sopra (n. 89). Secondo la nostra opinione, il venditore primitivo resta proprietario a riguardo del subacquirente, e, per conseguenza, non può parlarsi più della decadenza del privilegio e dell'azione risolutiva. Secondo l'opinione contraria, il venditore è decaduto dal privilegio, e conseguentemente non può più chiedere la risoluzione.

143. Si presenta un'altra difficoltà in questa già difficile materia. Il venditore domanda la risoluzione. Nel momento in cui l'azione venne intentata egli aveva ancora il suo privilegio. Nel corso della causa il privilegio si estingue. Ne risulterà che non possa più pronunciarsi la risoluzione? La Corte suprema ha rettamente deciso che, se il venditore ha chiesto la risoluzione, chiamando in causa il terzo contro il quale la risoluzione è invocata, l'azione fu utilmente esercitata, quantunque il privilegio sia perito nel corso della causa, per mancanza di rinnovazione dell'inscrizione (1). Infatti, la sentenza che pronuncia la risoluzione retroagisce al giorno della domanda. Basta dunque che, al momento della domanda, il privilegio sia esistito. Allora l'azione è stata utilmente esercitata, e l'attore deve ottenere tutto ciò che avrebbe ottenuto se la sentenza fosse intervenuta immediatamente, non potendo le more del giudizio nuocere a coloro che sono costretti di stare in lite. Ben inteso che il venditore non può invocare la risoluzione che a riguardo della parte intervenuta nella causa, poichè le sentenze non hanno effetto relativamente ai terzi. Egli deve dunque aver cura di chiamare in causa i terzi che hanno acquistato un diritto reale sulla cosa, altrimenti questi potrebbero opporgli la decadenza nella quale egli è incorso non rinnovando la sua inscrizione (2).

§ IV. — *Del diritto dei terzi quando il creditore privilegiato chiede la risoluzione.*

144. « Nel caso in cui il venditore, il permutante, il donante esercitassero l'azione risolutiva, i terzi potranno sempre arrestarne gli effetti, rimborsando all'attore il capitale e gli accessorii conservati coll'inscrizione del privilegio, conformemente all'articolo 87 della presente legge ». I terzi hanno il maggior interesse a fermare l'azione risolutiva, perchè, se la risoluzione vien pro-

(1) Cassazione, 3 agosto 1848 (DALLOZ, 1869, 1, 449).

(2) La Corte di Riom ha giudicato, in termini troppo assoluti, che il venditore che ha esercitato l'azione risolutiva contro il compratore conserva il suo diritto contro i terzi (sentenza del 7 marzo 1859, DALLOZ, v. *Transcription*, n. 617, e FLANDIN, *De la transcription*, t. II, p. 392, n. 1238).

nunciata, saranno risolti anche i diritti che loro spettano sulla cosa. Ma possono farlo rimborsando all'attore il suo credito cogli accessori? Secondo il rigore dei principii, no. Infatti, quando il compratore non paga il prezzo, il venditore ha diritto di chiedere la risoluzione, e i terzi non possono impedire l'esercizio d'un diritto, in forza dell'interesse ch'essi hanno a che questo diritto non sia esercitato, quand'anche offrissero di disinteressare completamente il venditore. La legge deroga dunque al diritto del venditore permettendo ai terzi d'arrestare l'azione risolutiva. La deroga è fondata sull'equità. Che cosa ha voluto il venditore? Egli ha venduto per ottenere il prezzo della cosa. Se chiede la risoluzione è perchè il prezzo non fu soddisfatto. Il compratore, pagando, impedirebbe l'esercizio dell'azione risolutiva. Dunque gli aventi causa del compratore devono avere lo stesso diritto. Così i diversi interessi sono conciliati. I terzi che pagano il prezzo sono surrogati nel privilegio del venditore, e conservano i diritti che vennero loro concessi sulla cosa. Quanto al venditore, egli non può lagnarsi, poichè la vendita è perfettamente eseguita.

L'art. 28 esige che i terzi indennizzino completamente il venditore, pagandogli ciò ch'egli avrebbe ottenuto se avesse esercitato il privilegio, ossia il prezzo principale e gli interessi ai quali il creditore privilegiato ha diritto. Diremo più avanti quali sono gli interessi che il creditore privilegiato o ipotecario può reclamare (art. 87).

145. La legge accorda un altro diritto ai terzi, creditori ipotecari, anche dopo che la risoluzione è pronunciata. Se il compratore ha pagato una parte del prezzo, il venditore può tuttavia chiedere la risoluzione della vendita, ma deve rimborsare la somma che ha riscossa. La restituzione si fa al compratore; le somme restituite entrano nel suo patrimonio e diventano il pegno dei di lui creditori. Derogando a questi principii, la legge dispone che, se vi sono crediti garantiti da un privilegio o da una ipoteca sull'immobile venduto, le somme restituite saranno destinate a questi creditori. La legge trasporta sulla parte del prezzo che vien restituita al compratore il diritto di prelazione ch'essi avevano sull'immobile. È una disposizione d'equità. In diritto la risoluzione della vendita fa cadere i privilegi e le ipoteche che gravano l'immobile venduto, da parte del compratore. I creditori privilegiati e ipotecarii diventano dunque creditori chirografarii. Come tali essi dovrebbero venire per contributo sulle somme che sono rimborsate al compratore, ma l'equità richiede che il diritto ch'essi avevano sull'immobile sia trasferito sulla parte del prezzo che ne era stata pagata, perchè questa parte di prezzo rappresenta parte dell'immobile affetto al loro credito.

L'art. 28 applica lo stesso principio alle restituzioni che deve fare il copermutante, se ha ricevuto una parte del saldo. Questa parte del saldo rappresenta una parte dell'immobile sulla quale i terzi creditori avevano un'ipoteca ed un privilegio. Per

conseguenza, i diritti dei creditori sono trasferiti sulle somme che il permutante è condannato a restituire al copermutante. Le ragioni d'equità sono le stesse che in caso di vendita.

La legge non parla del donante che chiede la risoluzione, quando il donatario ha adempito una parte soltanto degli oneri pecuniarii che gli erano imposti. Egli deve restituire le somme ricevute. I creditori ipotecari o privilegiati possono, in questo caso, invocare il terzo alinea dell'art. 28? Si potrebbe dire che, essendo la disposizione affatto eccezionale, non è permesso estenderla alla donazione. Ma non si eccederebbe in tal modo il rigore dei principii? Le due prime disposizioni si applicano al donante. Perchè non gli si applicherebbe la terza, la quale non è che una conseguenza delle prime? Non vi ha ombra di ragione per fare un'eccezione ai diritti dei creditori, in caso di risoluzione della donazione. Non può essere che una dimenticanza, se la legge non parla della donazione nel terzo alinea. È certo che il testo non risponde al pensiero del legislatore. È dunque il caso di ricorrere allo spirito della legge, e su questo terreno non vi ha più dubbio (1).

Art. 5. — Appendice.

Dei privilegi stabiliti da leggi speciali.

§ I. — *Dei privilegi del pubblico tesoro.*

146. Leggi speciali accordano diversi privilegi al pubblico tesoro. Noi ci limitiamo a menzionarli, essendo questa materia del tutto estranea al nostro lavoro.

147. La legge del 12 novembre 1808 (art. 1.°) accorda allo Stato un privilegio speciale per i tributi fondiari. Esso colpisce i raccolti, i frutti, le pigioni e i redditi degli immobili soggetti al tributo, ma non colpisce gli immobili stessi dei contribuenti.

La legge belga dell' 11 febbraio 1816 accorda al tesoro un'ipoteca sui beni soggetti a tributo. Questa ipoteca è esonerata dall'inscrizione, ma non ha effetto che per l'anno pel quale il tributo è dovuto e per l'anno seguente.

La legge del 1816 abroga la legge del 1808? La commissione speciale che ha preparato il progetto sul regime ipotecario considera la legge del 1808 come ancora in vigore, di modo che il tesoro avrebbe contemporaneamente un privilegio sui mobili e un'ipoteca sugli immobili (2).

148. La legge del 26 agosto 1822 accorda al tesoro un privilegio

(1) Martou si attiene al testo, t. I, p. 246, n. 629.

(2) Vedi, in senso contrario, Cloes, t. I, p. 176, n. 319.

ed un'ipoteca legale per la riscossione dei tributi indiretti, dogane e accise. Il privilegio cade sui beni mobili. L'ipoteca grava tutti i beni immobili dei contribuenti, e deve essere inscritta (1).

149. La legge del 27 dicembre 1817 (art. 3) accorda al tesoro, per la riscossione delle tasse di successione e di trasferimento, un privilegio generale su tutti i beni mobili lasciati dal defunto. Inoltre, il tesoro ha un'ipoteca legale dispensata da inscrizione su tutti gli immobili del defunto. Il privilegio e l'ipoteca sono temporanei (2).

150. La legge del 5 settembre 1807 accorda al tesoro un privilegio sulla generalità dei mobili e degli immobili appartenenti ai condannati, pel rimborso delle spese in materia criminale, correzionale e di polizia. Questo privilegio deve essere inscritto. Esso non si applica alle ammende ed è posposto alle somme dovute per la difesa del condannato (3).

151. Un'altra legge del 5 settembre 1807 accorda al tesoro un privilegio sui beni dei contabili. Il privilegio cade sui mobili e sugli immobili, e deve essere inscritto.

Questo privilegio era stato mantenuto dalla legge belga del 15 maggio 1846 sulla contabilità dello Stato, ma la legge ipotecaria deroga alla legge del 1807 non accordando più allo Stato che un'ipoteca legale. Vi deroga anche per quanto riguarda il privilegio sui mobili che la legge francese concede allo Stato? No, il fisco non può avere ad un tempo sugli stessi beni un privilegio ed un'ipoteca; ma non vi è alcuna incompatibilità fra il privilegio mobiliare della legge del 1807 e l'ipoteca della legge del 1851 (4).

§ II. — *Dei privilegi commerciali* (5).

152. I privilegi sulle navi od altre costruzioni marittime sono stabiliti e classificati dall'art. 191 del codice di commercio.

I salari dei marinai sono privilegiati non solo sulla nave, ma anche sul nolo (codice di commercio, art. 271).

Il capitano della nave ha un privilegio sulle merci caricate per il pagamento del carico (codice di comm., art. 307). È un privilegio analogo a quello del vetturale. Il capitano non ne gode che fino a quando si trova in possesso delle merci ed entro i quin-

(1) Cloes, t. I, p. 178, nn. 322-331. Sulla legislazione francese, vedi Aubry e Rau, t. III, p. 177, § 263 *bis*, e p. 179 e seg.

(2) Cloes, t. I, p. 186, nn. 342-343. Sul diritto francese, vedi Aubry e Rau, t. III, p. 178, § 263 *bis*.

(3) Aubry e Rau, t. III, p. 182, § 263 *bis*; Cloes, t. I, p. 166, nn. 303-317.

(4) Cloes, t. I, p. 162, nn. 294-302. Cfr. Aubry e Rau, t. III, p. 162, § 261.

(5) Aubry e Rau, t. III, p. 188 e seg., § 263 *bis*.

dici giorni dalla loro consegna, supponendo ch'esse non siano passate in mano di terzi.

La nave, gli attrezzi ed arredi, il nolo e le merci caricate sono colpiti dal privilegio per l'adempimento delle obbligazioni risultanti dal contratto di noleggio (codice di comm., art. 280).

153. Il codice di commercio del 1808 accorda un privilegio al commissionario. Questo privilegio è stato conservato dal nuovo codice con alcune modificazioni. Trascriviamo l'art. 14 della legge del 5 maggio 1872: « Ogni commissionario ha privilegio sul valore delle merci a lui spedite pel fatto solo della spedizione, del deposito o della consegna, per tutti i prestiti, anticipazioni o pagamenti da lui fatti, nella sua qualità di commissionario, sia prima della spedizione delle merci, sia pel tempo ch'esse stanno in suo possesso ». Sono privilegiati, oltre la somma capitale, gli interessi, il diritto di commissione e le spese. È un privilegio analogo a quello del creditore pignoratizio. Il commissionario non ne gode se non sotto condizione che egli o un terzo scelto di nuovo fra le parti sia posto e resti in possesso delle merci.

154. L'art. 545 del nuovo codice di commercio (legge del 18 aprile 1851) mantiene il privilegio degli operai e commessi in caso di fallimento. Esso è così concepito: « Il salario acquisito agli operai impiegati direttamente dal fallito nel mese precedente alla dichiarazione di fallimento sarà ammesso nel numero dei crediti privilegiati, allo stesso grado del privilegio stabilito dall'art. 2101 del codice civile (legge ip. art. 19, 4.°) per il salario delle persone di servizio. I salari dovuti ai commessi pei sei mesi precedenti alla dichiarazione di fallimento saranno ammessi allo stesso grado.

§ III. — *Privilegio sulla cauzione dei funzionarii.*

155. Il codice civile e, dietro ad esso, la nostra legge ipotecaria accordano un privilegio sulla cauzione dei funzionari pei crediti risultanti da abusi e prevaricazioni da loro commessi nell'esercizio delle loro funzioni. Leggi speciali (1) colpiscono la cauzione con un privilegio di secondo ordine a vantaggio di chi ha prestato i fondi. Si chiama privilegio di secondo ordine perchè non prende grado che dopo il privilegio per abusi e prevaricazioni. Chi ha prestato i fondi non fruisce di questo privilegio se non adempiendo le condizioni prescritte dalla legge (2).

---

(1) Leggi del 15 nevoso e del 6 ventoso anno XIII, decreti del 28 agosto 1808 e del 22 dicembre 1812.

(2) Aubry e Rau, t. III, p. 193, § 263 *bis*.

§ IV. — *Privilegi risultanti da opere pubbliche.*

156. Il decreto del 28 piovoso anno II (art. 3 e 4) accorda agli operai e fornitori, per lavori dello Stato, un privilegio sulle somme dovute agli imprenditori. Questo privilegio è speciale e di stretta interpretazione, come ogni altro privilegio, e quindi non può essere reclamato quando i lavori sono eseguiti dalle provincie o dai comuni, e molto meno ancora pei lavori concessi a società (1).

157. I sub-contraenti che fanno forniture destinate al servizio della guerra o della marina hanno un privilegio sulle somme dovute ai contraenti dallo Stato. Questo privilegio è ammesso sebbene non sia consacrato in termini espressi dalla legge. Esso risulta implicitamente dai decreti del 12 dicembre e del 13 giugno 1806 (2).

158. Lo Stato od i concessionari hanno diritto ad una indennità pel maggior valore risultante dal prosciugamento delle paludi. Essi sono privilegiati su questo maggior valore a condizione di trascrivere sui registri del conservatore delle ipoteche il decreto che ordina il prosciugamento o l'atto di concessione (legge del 16 settembre 1807, art. 23).

Il codice civile accordava un privilegio agli imprenditori per tutti i lavori di costruzione, il che non comprendeva il prosciugamento. La nostra legge ipotecaria menziona espressamente questi lavori. Si potrebbe indurne che il privilegio della legge del 1807 non esiste più. In realtà, i due privilegi sono diversi. Il codice civile suppone che il prosciugamento si faccia mercè una convenzione intervenuta fra il proprietario della palude e l'imprenditore, mentre la legge del 1807 accorda il privilegio allo Stato o ad un concessionario che eseguiscono i lavori di prosciugamento in mancanza dei proprietari. Fra i due privilegi vi è analogia, ma essi sono diversi quanto alle condizioni prescritte dalla legge del 1807 e dal codice civile. Non entriamo in questi dettagli.

159. La legge del 21 aprile 1810 (art. 20) accorda a coloro che hanno fornito fondi per le ricerche d'una miniera, o pei lavori di costruzione di macchine necessarie al suo esercizio, un privilegio sulla miniera. Questo privilegio, a termini della legge, è quello degli architetti, e va soggetto alle stesse condizioni, sia per la sua esistenza, sia per la sua conservazione (legge ip., art, 27, nn. 5 e 38).

160. La legge francese del 17 luglio 1856 accorda allo Stato,

---

(1) AUBRY e RAU, t. III, p. 194, § 263 *bis*.
(2) AUBRY e RAU, t. III, p. 196, § 263 *bis*.

per il rimborso dei prestiti destinati a facilitare le operazioni di prosciugamento, un privilegio sui raccolti e i redditi dei terreni prosciugati e sui terreni stessi. Questo privilegio non esiste nella nostra legislazione.

CAPO III.

Delle ipoteche.

Sezione I. — Introduzione storica.

161. La pubblicità dei privilegi e delle ipoteche è la base del regime che il codice civile ha stabilito e che la legge belga ha mantenuto dandogli una nuova estensione. Questo principio, altrettanto elementare quanto fondamentale, è entrato così bene nei nostri costumi che non si pensò più a contestarlo quando si trattò della revisione del titolo delle *Ipoteche;* anzi si rimproverava al codice civile d'aver deviato dal principio che noi consideriamo oggi come dell'essenza d'un buon sistema ipotecario. Non accadeva così nella discussione del codice civile. La pubblicità era stata appena allora organizzata dalla legge di brumaio anno VII: essa urtava una tradizione secolare e offendeva pregiudizii ed interessi. Occorse una lotta lunga e seria per conquistare la pubblicità incompleta e la specialità inconseguente che si rimproverò, nel 1851, al codice Napoleone come un difetto. Quelli che conoscono la legge che presiede al progresso non si meraviglieranno della lentezza colla quale esso si compie, comprendendo come il legislatore indietreggia talvolta su via troppo rapida che s'apre nei tempi di rivoluzione. Ma la storia ci prova altresì che la verità, una volta che si è manifestata, non perisce più. Essa può essere arrestata nel suo cammino, ma se talvolta è oscurata o velata da nubi, bentosto la luce caccia le tenebre ed essa riappare con un nuovo splendore. Quello che importa dunque è di andare alla ricerca della verità e di difenderla contro gli uomini del passato. Gli ostacoli ch'essa incontra devono insegnarci che bisogna sempre lottare, ma possiamo essere sicuri che la vittoria resterà sempre alla verità.

162. Vi è appena bisogno di dimostrare che la pubblicità e la specialità che si collegano intimamente sono dell'essenza del regime ipotecario. Grenier, nella sua relazione al Tribunato, dice benissimo che le ipoteche devono essere rese pubbliche nell'interesse dei terzi ai quali può occorrere di prestare sulla fede d'una garanzia reale, o che vogliono acquistare immobili. Se rimanes-

sero occulte, il mutuante si troverebbe nell'impossibilità di conoscere i pesi che possono già gravare l'immobile che gli si offre in garanzia, e quindi sarebbe una garanzia derisoria, poichè si vedrebbe posposto a creditori anteriori. Quanto al terzo acquirente, s'egli tratta nell'ignoranza delle ipoteche stabilite sull'immobile che acquista, si espone ad essere evitto. Grenier soggiunge che la pubblicità non basta. L'ipoteca deve anche essere speciale tanto nell'interesse del mutuatario quanto nell'interesse del mutuante. Il primo, non ipotecando i suoi beni che fino a concorrenza del debito che contrae, conserverà il proprio credito per i nuovi mutui che sarà nel caso di fare, offrendo come garanzia al capitalista, sia beni liberi, sia immobili gravati per una parte soltanto del loro valore. Quanto al mutuante, la specialità gli dà il pegno che gli è necessario per tutelare completamente i suoi interessi (1).

163. Come mai idee di verità così evidente hanno potuto trovare opposizione al Consiglio di Stato? I giureconsulti sono uomini di tradizione. Questa è la loro forza, ma anche la loro debolezza, quando, per rispetto al diritto tradizionale, pretendono immobilizzarlo. Sono i legisti francesi che diedero al diritto romano il bel nome di *ragione scritta*. Era quanto dire che le leggi romane erano l'espressione della verità eterna e che si avrebbe torto di cambiarle. Oggi professiamo una dottrina tutta contraria. Ogni opera umana è imperfetta, e la missione dell'umanità è di perfezionare incessantemente le istituzioni che il passato le lega. Il diritto romano non sfugge a questa legge. Nella sua prima manifestazione, l'ipoteca, greca d'origine, era essenzialmente pubblica. Si può dire anzi che lo era troppo, poichè segni apparenti mostravano a tutti le case o i fondi ipotecati. Di pubblica che era ad Atene, l'ipoteca divenne occulta a Roma: ad una pubblicità eccessiva succedette la clandestinità assoluta. Inoltre, si ammise la facoltà illimitata d'ipotecare i beni futuri. Così il diritto romano era l'opposto del nostro. Il legislatore moderno vuole che le ipoteche siano speciali e pubbliche, e le leggi romane conservano la generalità e la clandestinità delle ipoteche. Certo non è questa la ragione scritta. Ha fatto meraviglia questa imperfezione d'un diritto che si è abituati a considerare come perfetto (2). Essa si spiega col carattere e la missione provvidenziale del popolo romano. Popolo di guerrieri, esso era chiamato a conquistare il mondo antico; l'industria gli fu sempre estranea a disprezzava il commercio. Perciò stesso, l'idea del credito non poteva nascere a Roma, e sono i bisogni del credito che hanno fatto ammettere presso i popoli moderni i principii della pubblicità e della specialità delle ipoteche.

---

(1) GRENIER, *Relazione*, n. 8 (LOCRÉ, t. VIII, p. 254).
(2) VALETTE, *Dei privilegi*, p. 46, n. 47, e nota 3, p. 172, n. 120.

Il diritto romano era seguito in quasi tutta la Francia, anche nei paesi di diritto consuetudinario. Non vi si apportò che un cambiamento, ed anche questa modificazione fu funesta al credito privato e pubblico. Si esigette un atto autentico per la validità dell'ipoteca. Era questo un progresso, poichè significava un passo verso la pubblicità, ma, siccome si attribuiva ad ogni atto pubblico la forza di generare per sè medesimo e senza alcuna stipulazione una garanzia reale ed una ipoteca generale sui beni del debitore, le ipoteche si moltiplicarono a tal punto che Loyseau diceva: « Nessuno può vantarsi che i suoi beni non siano obbligati, se in vita sua ha stipulato qualche contratto. E poichè l'ipoteca segue perpetuamente la cosa in qualunque mano passi, ne consegue che è difficilissimo acquistare un fondo che non sia gravato di parecchie ipoteche » (1).

164. Vi era in alcune provincie del nord della Francia, conquistate sul Belgio, un regime tutto diverso riguardo alle ipoteche. Abbiamo detto altrove che la pubblicità più completa presiedeva al trasferimento della proprietà immobiliare nei paesi di pegno (vol. XXIX, nn. 13-24). Si seguivano le stesse forme per la costituzione d'ipoteca, il che è molto logico, poichè l'ipoteca implica un'alienazione parziale dell'immobile. Le forme del pegno variavano, ma il principio era dovunque lo stesso, la pubblicità. Il creditore presentava il suo contratto agli ufficiali del signore alto giustiziere, e li richiedeva di dargli in pegno il fondo mediante ipoteca. Si faceva menzione del pegno sul dorso del titolo; poi veniva registrato nella cancelleria dell'autorità giudiziaria del luogo, in registri che tutti potevano consultare.

Il relatore del Tribunato, allevato, come tutti i legisti francesi, nel rispetto del diritto romano, dice che si ha fondamento di credere che le consuetudini di pegno hanno la loro origine nelle forme che l'antico diritto romano esigeva per la trasmissione della proprietà. Lo stesso Grenier non è troppo convinto di questa spiegazione, che va a cercare a Roma il primo germe di una istituzione feudale. Egli soggiunge che, se la pubblicità delle ipoteche deriva dal diritto feudale, si deve riconoscere che un regime bizzarro e contrario ad ogni ordinamento sociale ha prodotto gli elementi i più adatti all'organizzazione d'un buon regime ipotecario (2). La feudalità non merita il disprezzo che le prodigavano gli uomini della rivoluzione, colpiti sopratutto dagli abusi ch'essa aveva generato. Noi le dobbiamo la trasformazione della schiavitù in servitù e la lenta emancipazione dei servi; le dobbiamo la nostra libertà politica, il regime rappresentativo. Ma veramente è cosa più meravigliosa ancora che le si debbano i principii essenziali del nostro regime ipotecario, principii che

---

(1) VALETTE, p. 175, n. 121; LOYSEAU, *Du déguerpissement*, t. III, n. 35.
(2) GRENIER, *Relazione*, n. 7 (LOCRÉ, t. VIII, p. 254). Cfr. MARTOU, *Commentario*, t. II, p. 295, n. 685.

sono attinenti alle necessità del credito, e certo la feudalità non curava, anzi non sospettava nemmeno i bisogni del commercio e dell'industria. Noi abbiamo richiamato l'attenzione dei nostri lettori su questa apparente anomalia, parlando della trascrizione. Nello sviluppo del diritto come nello svolgimento di tutti gli aspetti dell'umanità, bisogna fare una parte, ed una parte notevole, ad un governo provvidenziale. Quello che vogliono gli uomini non è sempre quello che vuole Dio. Noi abbiamo mostrato la mano di Dio nella storia della umanità. Bisognerebbe scrivere anche la storia del diritto da questo punto di vista. Si vedrebbe ad ogni pagina la conferma di questa consolante verità, che gli uomini sono gli artefici del progresso, che fanno essi medesimi il loro destino, ma coll'aiuto di Dio.

165. Le passioni degli uomini e i loro interessi egoistici frappongono ostacoli al progresso delle istituzioni politiche e civili. Vi hanno ancora fautori del passato che lamentano e maledicono la rivoluzione francese. Essi s'immaginano che i legittimi progressi si sarebbero compiuti coll'azione lenta e pacifica del tempo. La storia del diritto privato ci offre a questo riguardo un insegnamento che è bene constatare. Vi furono, se non dei re, almeno dei ministri animati dalla passione del bene generale. Essi tentarono d'introdurre la pubblicità delle ipoteche, ma non vi riuscirono. Si legge nelle Memorie di Sully che questo gran ministro voleva «che nessuno, di qualunque *qualità* o *condizione* avesse potuto prendere a mutuo senza che fosse dichiarato quali debiti poteva già avere il mutuatario, verso quali persone, su quali beni». Ecco la pubblicità e la specialità. Ma si vede anche che l'amico di Enrico IV temeva l'opposizione di coloro che invocavano la loro *condizione* o la loro *qualità* per combattere, nell'interesse di una casta, le misure che il bene dello Stato ispirava ai re od ai loro consiglieri. Un editto del 1581 ordinava l'inscrizione, in un registro speciale, di ogni contatto contenente obbligazione per più di cinque scudi, in mancanza di che non si acquistava ipoteca. L'editto fu revocato già nel 1588. Rinnovato nel 1606 da Enrico IV, incontrò una resistenza unanime nei parlamenti. Uno solo, quello di Normandia, l'accettò. Nella discussione del codice civile, i fautori dell'ipoteca occulta rimproverarono agli autori di questi editti di non aver prescritto la pubblicità che per uno scopo fiscale. L'accusa, rivolta ad Enrico IV ed a Sully, è temeraria. Alla fine del secolo XVII si trovò un altro ministro che riprese l'idea di Sully. Colbert istituì pubblici registri destinati a far conoscere ai terzi i diritti d'ipoteca, ma l'editto del 1672 fu revocato nell'anno seguente.

Donde veniva questa costante opposizione che metteva ostacolo alla riforma delle leggi civili? Sully ce lo ha fatto presentire. Colbert si scagliò contro le malvagie passioni della nobiltà e i suoi pregiudizii nel *Testamento* che reca il suo nome. Quantunque non sia opera sua, esso ci apprende le cause che fecero

fallire i tentativi di Luigi XIV, come avevano fatto fallire quelli di Enrico IV e di Sully. Il parlamento, dice l'autore, fece la rimostranza che il patrimonio dei più grandi personaggi della Corte si sarebbe ridotto al nulla ove fosse stata data pubblicità ai pesi da cui i loro beni erano coperti. La maggior parte, avendo più debiti che pratrimonio, non avrebbero trovato più credito quando i loro creditori avessero conosciuto il vero stato dei loro affari. Singolare obbiezione che provava precisamente la necessità della pubblicità, perchè a che serviva il credito che dava una sostanza apparente? Ad ingannare i terzi che contrattavano nell'ignoranza di questi pesi (1).

166. È tale la potenza dei pregiudizii di casta che accieca i meglio pensanti. Chi crederebbe che il d'Agnesseau, l'illustre cancelliere, prese la difesa delle ipoteche occulte contro Colbert?(2). « Si è sempre creduto, egli dice, che nulla sia più contrario al bene ed al vantaggio di tutte le famiglie che di far troppo conoscere lo stato e la situazione dei privati ». Chi è questo *si*? I nobili, che avevano interesse alla clandestinità per ingannare più facilmente coloro che trattavano con essi sulla fede d'una ricchezza fallace. D'Agnesseau lo confessa: « Un italiano ebbe a dire che l'opinione è la regina del mondo. Se così è, si può dire che in Francia essa ha stabilito la sede del suo impero. Qui non vi si vive, non si sussiste che coll'opinione. Il *credito* e la fiducia non sono fondati che sull'*opinione*, e si tolgono agli uomini le loro ultime ricchezze strappando ad essi questa riputazione che tien loro sovente luogo di beni, anche quando essi hanno tutto perduto ». Che un nobile tenga questo linguaggio, nulla di più naturale. Ma un giureconsulto! I creditori prestano forse i loro capitali con ipoteca sull'*opinione*? E un cancelliere doveva prender partito per gli scaltri nobili contro i loro zimbelli? Affrettiamoci a soggiungere che tale non è il pensiero del ministro di Luigi XV. Egli suppone che coloro ai quali i terzi prestano sulla fede di beni che non hanno arrivino a rifare la loro sostanza. Può accadere una volta su cento. Ed i novantanove mutuanti che sono vittime di questa singolare teoria che cosa diventano?

167. D'Agnesseau era un uomo di cuore. Egli è l'organo della nobiltà, non del diritto, quando difende le ipoteche occulte. I legisti non erano del suo parere, specialmente quelli che, per la specialità dei loro lavori, avevano fatto uno studio profondo del regime ipotecario e dei suoi difetti. Loyseau dice che grande inconveniente deriva dalle innumerevoli ipoteche che gravano il suolo, importando ogni contratto un diritto reale. Egli insiste sul pericolo che vi era nell'acquistare immobili. L'acquirente di buona fede crede di essere ben sicuro di ciò che gli

---

(1) *Trattamento politico di Colbert*, c. XII, p. 551, edizione del 1693.
(2) *Opere di d'Agnesseau*, n. 4, t. XIII p. 620.

si vende, e poi se ne vede evitto da un'ipoteca costituita secretamente che non gli era possibile conoscere nè scoprire (1). Basnage (2) e d'Héricourt (3) hanno gli stessi lamenti. I mutuanti erano ingannati al pari degli acquirenti. Non vi era che un rimedio al male, come diceva Héricourt, erigere a legge generale la pubblicità che prescrivevano le consuetudini di pegno.

A proposito dei lamenti mossi dai legisti, bisogna citare una dichiarazione del parlamento di Fiandra. Un editto del 1771 estese ai paesi di pegno il sistema ipotecario che reggeva tutta la Francia. Il parlamento resistette, e la sua resistenza era legittima. Esso l'appoggiava, non su pregiudizii, ma su fatti: « La pubblicità delle ipoteche, esso dice, è il capo d'opera della saggezza, il suggello e la sicurezza della proprietà ». Il parlamento considera la pubblicità « come un diritto fondamentale il cui uso aveva prodotto, in tutti i tempi, i più felici effetti ed aveva introdotto altrettanta fiducia quanta facilità negli affari che i popoli belghi trattano fra loro ». Le ipoteche si conservano nello stesso modo nei Paesi Bassi francesi, austriaci, olandesi, ed i popoli di queste diverse contrade fanno fra loro una infinità d'affari con piena fiducia » (4).

168. Si è fatto, nella discussione del codice civile, un rimprovero e quasi un delitto alle consuetudini di pegno, quello di essere inquinate di feudalità. È vero che le forme erano feudali, ma il principio della pubblicità non era certo un abuso della feudalità. Che bisognava fare? Mantenere il principio e cambiare le forme. È quello che fece l'Assemblea costituente. Essa soppresse (legge del 27 settembre 1790) le formalità del pegno feudale e le sostituì colla trascrizione del contratto nella cancelleria dei tribunali. Così il legislatore manteneva il pegno nella sua essenza, la pubblicità rimaneva giudiziaria, come lo era nelle nostre antiche consuetudini. La legge del 1790 non era che una misura transitoria. Il modo di pubblicità che essa consacrava dipendeva dalla confusione della giurisdizione contenziosa colla giurisdizione volontaria. Esso cedette il posto ad una pubblicità amministrativa; il che era in armonia col principio costituzionale della separazione dei poteri. La giurisdizione volontaria o graziosa appartiene agli agenti del potere esecutivo; essa non ha nulla di comune coll'esercizio del potere giudiziario. La legge del 3 messidoro anno III istituì i conservatori delle ipoteche ed adottò un altro modo di pubblicità. Invece di trascrivere nella cancelleria gli atti costitutivi del-

(1) LOYSEAU, *Traité du déguerpissement*, libro III, c. I, n. 14 e seg.
(2) BESNAGE, *Trattato delle ipoteche*, c. I, p. 10 (ediz. in 12 del 1702).
(3) D'HÉRICOURT, *Trattato della rendita degli immobili*, c. XI, sez. III, n. 8 e seg., e c. XIV, n. 7.
(4) TREILHARD, *Esposizione dei motivi*, n. 16 (LOCRÉ, t. VIII, p. 238).

l'ipoteca, fu incaricato il conservatore di dare la pubblicità alle ipoteche, facendo l'inscrizione sopra un registro all'uopo destinato. Restava da completare la pubblicità colla specialità. È quello che fece la legge dell'11 brumajo anno VII. Essa dispose che per l'avvenire non si potrebbe stabilire alcuna ipoteca convenzionale che per garanzia di determinati crediti, e che queste ipoteche non potrebbero colpire che gli immobili specialmente designati nell'atto.

169. Per quasi tutta la Francia la pubblicità era un'innovazione. Ciò spiega il poco favore che trovarono i principii del sistema ipotecario stabilito dalla legge di brumajo. Quando il progetto di codice civile fu sottoposto ai tribunali d'appello, in cui i vecchi parlamentari si trovavano ancora in maggioranza, la maggior parte si pronunciarono contro la pubblicità (1). Nove soltanto proposero di mantenere la legge dell'anno VII, ma la minoranza apparteneva alle città più considerevoli, Parigi, Lione, Rouen, Bruxelles. Anche al Consiglio di Stato la maggioranza pareva favorevole al regime tradizionale. La sezione di legislazione essendosi divisa, vi furono due relazioni, l'una di Bigot-Préameneu in favore dell'ipoteca occulta, l'altra di Réal in favore della pubblicità. La prima è di un'estrema debolezza: essa attesta, a dire il vero, contro la causa che difende. Il relatore respinge le consuetudini di pegno, perchè procedevano dal regime feudale, e non tiene alcun conto degli editti reali, perchè intaccati di fiscalità. È inutile rispondere a queste accuse. Sully e Colbert, Loyseau, Basnage e d'Héricourt erano forse baroni feudali, e quando invocavano l'interesse dei terzi difendevano la causa del fisco? Per provare che la pubblicità era inutile, Bigot-Préameneu dice che vi sono ipoteche, generali per loro natura, che è impossibile specializzare e sottoporre alla pubblicità. La nostra legge, estendendo la specialità e la pubblicità alle ipoteche legali, ha dato una smentita a questa pretesa impossibilità. Infine il relatore giunse fino ad invocare la libertà individuale, che si oppone, egli diceva, a che si metta in piena luce la situazione pecuniaria della famiglia. Ecco una libertà di un nuovo genere, la libertà d'ingannare i terzi! È necessario rispondere che coloro i quali non vogliono rivelare al pubblico che hanno più debiti che beni hanno un mezzo semplicissimo, non contrarre debiti che eccedano il loro avere? Ma voler prendere a prestito, dando per pegno immaginario immobili ipotecati oltre il loro valore è reclamare il diritto d'ingannare i proprii creditori. È una *libertà* ad uso dei furfanti! (2).

170. Réal fa una relazione in senso contrario in nome dei

---

(1) Trenta su trentuno (BIGOT-PRÉAMENEU, *Relazione*, in LOCRÉ, t. VIII, p. 166).

(2) BIGOT-PRÉAMENEU, *Relazione*, seduta del 12 piovoso anno XII (LOCRÉ, t. VIII, p. 146 e seg.).

membri della sezione di legislazione che si erano pronunciati per il mantenimento del sistema di pubblicità e di specialità inaugurato dalla legge di brumajo (1). È l'opera di un vero giureconsulto che, in una questione in cui è impegnato il bene pubblico, s'ispira all'interesse generale senza ledere i diritti degli individui. Il regime ipotecario, dice Réal, deve proteggere specialmente, efficacemente, i contratti che hanno per oggetto gli immobili: bisogna che le leggi diano sui beni tutte le sicurtà che si cercano in una garanzia reale. Réal cita le parole del tribunale d'appello di Rouen per mostrare quale sia l'importanza d'una buona legislazione sulle ipoteche. A seconda della soluzione che il legislatore sanzionerà, la legge darà la vita e il movimento al credito pubblico e privato, o ne sarà la tomba. Cosa singolare! Le parole *credito pubblico* non si trovavano nella relazione di Bigot-Préameneu. Si direbbe un romanzo dei tempi delle XII Tavole. Réal pone la questione sul suo vero terreno. Gli immobili entrano nelle transazioni sia per essere destinati al pagamento d'una somma prestata, sia per ottenerne il prezzo destinato all'esecuzione d'una obbligazione. Lo scopo da raggiungere è dunque di procurare a questo duplice genere di transazioni la maggiore solidità. Bisogna che l'acquirente trovi sicurtà nel suo acquisto, facilità e sicurezza nella sua liberazione. Bisogna che il proprietario di un immobile goda della totalità del credito che gli assicura la sua proprietà, e se il suo immobile è già affetto a qualche credito, deve ottenere un credito eguale al valore per cui la sua proprietà eccede l'obbligazione che la grava. Alla sua volta, il capitalista che vorrà prestare, come tutti coloro che contrattano con un proprietario, deve trovare nella legge ipotecaria un mezzo sicuro, infallibile di conoscere la sostanza di colui col quale contratta. La conseguenza di un simile regime sarà che un uomo di mala fede non potrà mai vendere ciò che non gli appartiene nè presentare al capitalista un credito menzognero. Ne risulterà che i proprietarii ed i capitalisti non correranno più alcun pericolo, e per conseguenza vi sarà alle vendite d'immobili maggior concorso d'acquirenti, il che farà salire il prezzo dei beni al vero valore. Ne risulterà che il capitalista, trovando una perfetta sicurtà nei mutui sopra immobili, si contenterà di un beneficio più lieve. Per tal modo il regime ipotecario favorirà l'agricoltura, e farà ribassare l'interesse del denaro. Dicendo che cosa la legislazione ipotecaria doveva fare, Réal giustificava le innovazioni della legge di brumajo in quanto riguarda la pubblicità e la specialità delle ipoteche. A coloro che invocavano la tradizione contro la legge dell'anno VII, Réal rispondeva ristabilendo i fatti alterati dai partigiani delle ipoteche occulte. La pubblicità è un'istituzione consuetudinaria,

---

(1) Réal, *Relazione*, seduta del 12 piovoso anno XII (Locré, p. 170 e seg.).

essa fu per lungo tempo la legge della maggior parte della Francia, ed è rimasta la legge delle provincie belghe e delle provincie renane, queste contrade ricche e felici di cui si era ingrandita la Francia repubblicana. Al rimprovero di fiscalità Réal opponeva l'autorità di Colbert. Se egli fallì nei suoi progetti di riforma, bisogna cercarne la causa nei pregiudizii, nell'intrigo, e specialmente nella disgraziata necessità in cui si trovavano i grandi d'imporsi al pubblico colla loro ricchezza menzognera, per ingannare i propri creditori.

171. La discussione al Consiglio di Stato fu lunga e grave. Treilhard, uno degli uomini del 1789, difese vivamente l'opera della rivoluzione, che non era certo un'opera rivoluzionaria, poichè tolse la pubblicità da consuetudini feudali. Nell'*Esposizione dei motivi* l'oratore del Governo riprodusse le considerazioni che aveva fatto valere in seno al Consiglio di Stato. Treilhard ricorda i saggi di riforma tentati da Enrico IV e da Luigi XIV. Perchè fallirono? « I potenti vedevano svanire il loro funesto credito, essi non potevano più assorbire la fortuna dei cittadini creduli che, giudicando dalle apparenze, supponevano della realtà ovunque vedevano bagliore ». Bisogna aggiungervi, dice Treilhard, l'opposizione d'una classe d'uomini usi a confondere l'abitudine colla ragione. Le grida dei pratici vennero a dar forza alle lagnanze dei cortigiani. Chi crederebbe che al Consiglio di Stato si riprodusse la maldestra difesa che d'Agnesseau aveva opposto all'editto di Colbert? Si arrivò fino a dire che la pubblicità delle ipoteche alterava il credito e nuoceva alla circolazione. Treilhard risponde burlandosi dell'obbiezione: « È possibile che quella specie di circolazione che pone la sostanza dell'uomo di buona fede nelle mani dell'uomo astuto ed immorale sia diminuita da questa pubblicità, ma è uno dei grandi vantaggi del progetto, perchè la repubblica non guadagna nulla, anzi perde, al contrario, quando il birbante s'arricchisce ingannando l'uomo onesto » (1).

Infine Treilhard respinge l'autorità della tradizione romana. Egli riconosce volontieri che i giureconsulti di Roma sono nostri maestri, ma ciò non vuol dire che dobbiamo loro un rispetto servile. « Quando si tratta d'opinioni, dice benissimo l'oratore, io non do all'autorità, qualunque essa sia, che il vantaggio d'imporre un esame più riflessivo. Ora, vi hanno cose che non possono mai essere buone e che la tradizione non può giustificare. Tali sono le ipoteche occulte ».

172. Napoleone presiedeva il Consiglio di Stato nelle due sedute in cui fu dibattuta questa grave questione. La sua mente così giusta fu colpita dai vantaggi, per meglio dire, dalla necessità della pubblicità. Ma egli trovava che i fautori della legge di brumajo non rispondevano alla critica che si faceva

(1) TREILHARD, *Esposizione dei motivi*, nn. 5 e 19 (LOCRÉ, t. VIII, pp. 238 e 244).

delle disposizioni di questa legge relativa alle ipoteche legali. Napoleone consentiva a sacrificare gl'interessi del tesoro all'interesse generale, che reclama la pubblicità degli oneri ipotecarii. Si sottoponga dunque alla pubblicità l'ipoteca legale dello Stato, ma si può subordinare a questa condizione l'efficacia delle ipoteche che la legge accorda ai minori ed alle donne maritate, vale a dire ad incapaci? La legge non deve proteggere coloro che non possono da sè medesimi tutelare i loro interessi? L'opinione del primo console prevalse all'opposizione pericolosa che si manifestava al Consiglio di Stato contro la pubblicità, ma Napoleone fece una concessione a coloro che attaccavano la legge di brumajo consentendo alla clandestinità delle ipoteche legali (1). Era un compromesso, e, come ogni transazione sui principii, questa fu funesta al credito, perchè sono precisamente le ipoteche degli incapaci che coprono il suolo e che tolgono ai proprietarii il credito al quale hanno diritto, accordando ai minori ed alle donne maritate garanzie reali dispensate dalla pubblicità. Il legislatore belga, più conseguente, ha esteso i principii della pubblicità e della specialità a tutte le ipoteche, senza sacrificare ciò non ostante gli interessi degli incapaci. Esporremo più avanti il sistema della nuova legge.

SEZIONE II. — Nozioni generali.

§ I. — *Definizione e caratteri.*

N. 1. — L'ipoteca è un diritto reale immobiliare.

173. « L'ipoteca è un diritto *reale* sugli immobili destinati al soddisfacimento d'una obbligazione » (art. 41, codice civile, art. 2114). Abbiamo detto altrove quali sono i caratteri che distinguono i diritti *reali* dai diritti *personali* o di credito. Quello che li caratterizza si è che essi sono assoluti e si esercitano sulla cosa o contro la cosa in qualunque mano essa si trovi, mentre i diritti personali suppongono un creditore che ha azione contro la persona. L'art. 41 consacra questo principio dicendo che l'ipoteca *segue* gli immobili in qualunque mano essi si trasferiscono. In qual senso l'ipoteca è destinata al soddisfacimento di un'obbligazione? Essa attribuisce al creditore un diritto di prelazione a riguardo dei creditori chirografarii, sul prezzo dell'immobile ipotecato. Il diritto del creditore ipotecario si verifica dunque colla vendita coatta dell'immobile affetto al suo credito. Egli è collocato su questo prezzo preferibilmente agli

(1) Seduta del Consiglio di Stato del 12 piovoso anno XII (LOCRÉ, t. VIII, pagina 179, n. 91) e seduta del 19 piovoso anno XII (LOCRÉ, t. VIII, p. 189 e seg., n. 97).

altri creditori. È questo lo scopo dell'ipoteca e il suo effetto essenziale.

Si afferma d'ordinario che l'ipoteca dà due diritti al creditore, il diritto di prelazione e quello di evizione, e che il diritto di evizione è la sanzione di quello di prelazione (1). A dire il vero, il diritto di evizione è la conseguenza della realità del diritto d'ipoteca. Ogni diritto reale conferisce quello di evizione, perchè ogni diritto reale è assoluto. Se i privilegi mobiliari non dànno il diritto di evizione, è perchè i mobili non sono ipotecabili (art. 46, codice civile, art. 2119), vale a dire che chi possiede un diritto reale sopra un oggetto mobiliare non può esercitarlo contro un terzo possessore di buona fede. Lo stesso proprietario non ha il diritto di evizione, poichè non può rivendicare la cosa mobiliare contro il possessore di buona fede. A maggior ragione chi non ha se non un diritto reale non può farlo valere contro un terzo possessore. Ritorneremo più avanti sul vecchio adagio riprodotto dall'art. 46.

174. L'ipoteca è un diritto immobiliare o mobiliare? La questione è molto controversa. La nostra legge ipotecaria l'ha decisa implicitamente coll'art. 1.° che è così concepito: « Tutti gli atti traslativi o dichiarativi di *diritti reali immobiliari, eccezion fatta* dei *privilegi* e delle *ipoteche*, saranno trascritti ». La legge pone una regola per i diritti reali immobiliari; poi vi fa un'eccezione riguardo ai privilegi e alle ipoteche. Ora, l'eccezione implica che i diritti ai quali essa si riferisce sono compresi nella regola, e quindi la legge pone i privilegi e le ipoteche fra i diritti reali immobiliari. Ci resta a vedere se questa classificazione è esatta.

Abbiamo detto, al titolo della *Distinzione dei beni*, che vi sono due specie di diritti immobiliari. Anzitutto quelli che mirano a mettere un immobile in mano a colui al quale appartiene, ciò che l'art. 526 chiama azioni che tendono a rivendicare un immobile. È una pessima formola del vecchio adagio: *Ius est immobile quod tendit ad immobile.* 'E certo che, considerata sotto questo rapporto, l'ipoteca non è un diritto immobiliare. Infatti, a che tende essa? A pagare il creditore ipotecario con preferenza sugli altri creditori (n. 173), e quindi ad una cosa mobiliare. È ciò che ha indotto la maggior parte degli autori a considerare l'ipoteca come un diritto mobiliare (2).

Vi è una seconda classe di diritti immobiliari, quelli che si esercitano sopra un immobile, nel senso che ne sono uno smembramento. Il codice civile non li definisce, li enumera, ma l'enumerazione non è completa. A termini dell'art. 526, « sono immobili per l'oggetto a cui si riferiscono l'usufrutto delle cose immobiliari e le servitù prediali ». La legge non parla delle ipoteche. Questo silenzio è stato invocato come un argomento

(1) DURANTON, t. XIX, p. 367, n. 248. Cfr. VALETTE, p. 377.
(2) Vedi gli autori citati da PONT, t. I, p. 340, nota 2.

contro la dottrina che considera l'ipoteca un diritto immobiliare. Si ha torto di attaccarsi, in questa materia, alla lettera della legge. Il codice civile non è un manuale; esso non ha per oggetto di dare classificazioni scientifiche. Bisogna dunque lasciar da parte il testo per risalire ai principii.

La proprietà di un immobile attribuisce al proprietario un diritto immobiliare? Nessuno ne dubita, sebbene l'art. 526 non ne parli. Se il diritto di proprietà di un immobile è immobiliare ciò avviene perchè il proprietario esercita tutti i diritti che la proprietà conferisce, e si esercita sopra un immobile. Egli ne dispone e ne gode nella maniera più assoluta (art. 544). Per l'identica ragione, tutti i diritti smembrati della proprietà sono diritti immobiliari, perchè è l'insieme di questi diritti che costituisce la proprietà. Ecco perchè il diritto di godimento staccato dalla proprietà è posto fra gli immobili, e così accade pure delle servitù (art. 526). In applicazione dello stesso principio, l'ipoteca deve essere classificata fra i diritti immobiliari. Infatti, l'ipoteca smembra la proprietà. Ciò non potrebbe essere contestato: basta leggere l'art. 45 per convincersene. Ritorneremo più avanti su questa disposizione. Il debitore che ha dato un immobile in ipoteca non ha più sulla cosa il potere assoluto che caratterizza la proprietà, non può più disporne come il proprietario distruggendola, non può più goderne, nè amministrarla come crede, quand'anche agisse da buon padre di famiglia. Il suo diritto di proprietà non è dunque più integro, ma smembrato. Se l'ipoteca è uno smembramento della proprietà, è per ciò stesso un diritto immobiliare. Invano si dice che il creditore ipotecario non esercita alcun diritto sull'immobile. L'art. 526 risponde all'obbiezione. La servitù è sempre un diritto immobiliare. V'hanno però servitù che il proprietario del fondo dominante non esercita sul fondo servente, nel senso che non vi fa alcun atto. Tale è la servitù di non fabbricare, o di non fabbricare che fino ad una data altezza. Perchè questa servitù è un diritto immobiliare? Perchè la proprietà del fondo servente non è più integra; essa è smembrata a vantaggio del fondo dominante. Accade lo stesso dell'ipoteca. Il proprietario dell'immobile ipotecato non può più disporne da assoluto padrone, non può fare alcun atto che nuoca al creditore. Dunque il suo diritto di proprietà è smembrato a vantaggio di costui, il che basta perchè l'ipoteca sia un diritto immobiliare, allo stesso titolo della servitù di non fabbricare.

'E abbastanza generalmente ammesso che l'ipoteca sia uno smembramento della proprietà. Non vi ha che Demolombe il quale distingua. Il diritto d'ipoteca, egli dice, non diminuisce nè fraziona il diritto di proprietà. Esso lo avviluppa, lo stringe, ma più che intralciarne l'esercizio divide il diritto stesso fra il proprietario e il creditore (1). Martou, il nostro insigne giure-

(1) DEMOLOMBE, t. IX, p. 370, nn. 471 e 472. Cfr. MARCADÉ, t. II, p. 344, n. IV. In senso contrario, MARTOU, t. II, p. 300, n. 390.

consulto, osserva che questa distinzione è nelle parole e non nelle cose. Avrebbe potuto dire che non sono che parole nelle quali si cercherebbe invano un'idea. Il diritto del proprietario che ha ipotecato l'immobile rimane integro? No, dunque è smembrato, ed è smembrato a vantaggio del creditore ipotecario, per cui il diritto del medesimo è immobiliare.

Vi è un'altra opinione la quale ammette che l'ipoteca smembra la proprietà, eppure la considera come un diritto mobiliare. L'ipoteca, si dice, garantisce un credito; essa è dunque l'accessorio di un diritto mobiliare, e, quindi, ne assume la natura (1). 'E un cattivo ragionamento, ne sembra. L'accessorio prende la natura del principale quando si confonde col principale e non forma che una cosa sola con esso. Certo non si dirà che in questo senso l'ipoteca sia l'accessorio del credito. Essa ne è l'accessorio perchè è destinata al pagamento dell'obbligazione, il che significa che non può esservi ipoteca senza obbligazione principale, ma la garanzia non assume la natura del diritto che è garantito. Così può essere costituito un pegno per la garanzia di un diritto immobiliare. Si dirà che il pegno diviene immobile perchè l'obbligazione principale è immobiliare? Sarebbe assurdo. A nostro avviso, è altrettanto assurdo il dire che l'ipoteca, la quale, per sè stessa, è immobiliare, diviene un diritto mobiliare, perchè l'obbligazione principale è mobiliare.

N. 2. — Dell'indivisibilità dell'ipoteca.

I. — Principii generali.

175. « L'ipoteca è, per sua natura, indivisibile » (art. 41, cod. civ., art. 2114). In qual senso essa è indivisibile? La Corte di cassazione ha preso alla lettera quello che dice l'art. 2114, e ne ha concluso che l'ipoteca è un diritto indivisibile nel senso dell'art. 1217 e dell'art. 1218 (2), ossia che si tratta d'una indivisibilità assoluta, o d'una indivisibilità d'obbligazione che è assimilata all'indivisibilità assoluta. 'E un errore evidente che si dura fatica a concepire. Tutti riconoscono che l'ipoteca può dividersi. Ora, quello che caratterizza l'indivisibilità propriamente detta è che il diritto indivisibile non comporta divisione. Cosa singolare! La Corte di cassazione ha riprodotto un errore nel quale erano caduti i glossatori, e che Dumoulin ha rilevato. Il grande giureconsulto dice benissimo che l'ipoteca, per sua essenza, è divisibile, poichè nulla impedisce alle parti di stipulare che, dividendosi l'obbligazione principale, anche l'ipoteca si dividerà.

---

(1) DURANTON, t. XIX, p. 356, n. 241. Cfr. VALETTE, p. 181 e seg.
(2) Rigetto, 29 luglio 1858 (DALLOZ, 1859, 1, 125). In senso contrario, PONT, t. I, p. 344, n. 331.

Perchè dunque la legge la dichiara indivisibile? Perchè tale è l'interesse del creditore. A lui importa conservare l'integrità della sua garanzia, anche quando il credito venisse a dividersi, poichè la garanzia può, per cause impreviste, divenire insufficiente. Ora, l'ipoteca è stipulata nell'interesse del creditore, e quindi la legge ha dovuto supporre che l'intenzione delle parti fosse di renderla indivisibile. Ma dovrà dirsi che ne risulti una indivisibilità d'obbligazione, come nel caso dell'art. 1218? No, l'ipoteca potrà sempre essere divisa per la volontà delle parti, senza che ne risulti una novazione dell'obbligazione primitiva, mentre l'indivisibilità d'obbligazione diviene un'indivisibilità assoluta, nel caso previsto dall'art. 1218 (1).

176. Il codice civile e la nostra legge ipotecaria hanno tolto a Dumoulin la formula che determina gli effetti dell'indivisibilità: « L'ipoteca sussiste per intero sopra tutti gli immobili vincolati, sopra ciascuno di essi e sopra ogni loro parte » (art. 41, cod. civ., art. 2114). Per l'applicazione del principio, bisogna considerare l'indivisibilità in rapporto ai beni ipotecati ed in rapporto al credito al quale l'ipoteca è vincolata.

L'ipoteca sussiste sui beni che ne sono gravati fino al soddisfacimento integrale del debito. Se i fondi ipotecati sono divisi, sia per vendita, sia per successione, ogni immobile ed ogni parte dell'immobile restano vincolati al debito, come se fossero stati essi soli colpiti d'ipoteca. Così pure, se il debito è soddisfatto in parte o si divide, la divisione o l'estinzione parziale del debito non ha alcuna influenza sull'ipoteca. Essa sussisterà per intero, benchè il debito sia in parte soddisfatto, o il detentore dell'immobile ipotecato non vi sia tenuto personalmente che in parte. Quest'ultima conseguenza del principio dell'indivisibilità è formulata in parecchi articoli del codice civile. I debiti dividendosi fra gli eredi, ciascuno non vi è tenuto personalmente che per la sua quota ereditaria, ma colui che è detentore dell'immobile ipotecato al debito vi è tenuto ipotecariamente pel tutto (art. 873; cfr. articoli 1009 e 1012). Ecco ancora un vantaggio dell'indivisibilità dell'ipoteca. Coll'azione personale, il creditore non otterrebbe che un pagamento diviso; coll'azione ipotecaria, può agire pel tutto (2).

177. Come si vede, l'indivisibilità dell'ipoteca non rende indivisibile l'obbligazione; essa si divide attivamente e passivamente fra gli eredi del creditore e gli eredi del debitore. Di qui conseguenze importanti per quanto riguarda la prescrizione. A termini dell'art. 2249, l'interpello fatto ad uno degli eredi debitore in solido o la ricognizione del diritto fatta da questo erede non interrompe la prescrizione riguardo agli altri coeredi, *quantunque il credito fosse ipotecario*, se l'obbligazione non è

(1) DUMOULIN, *Extricatio labyrinthi dividui et individui*, pars III, nn. 27-31.
(2) VALETTE, p. 133; MARTOU, t. II, p. 302, nn. 693 e 694.

indivisibile. L'ipoteca, sebbene garantisca il pagamento di tutto il debito, non impedisce dunque che il debito si estingua parzialmente colla prescrizione che decorre a vantaggio di uno degli eredi del debitore. Così pure uno degli eredi del creditore può perdere la propria parte nel credito, mentre il coerede avrà conservato il suo interrompendo la prescrizione. Non vi è alcuna correlazione fra l'azione ipotecaria che è indivisibile e l'azione personale che è divisibile (1).

178. Il debitore non può prevalersi dell'indivisibilità dell'ipoteca. Ciò risulta dall'intenzione delle parti contraenti. Il debitore consente all'indivisibilità nell'interesse del creditore, e quindi non può invocare contro il creditore una garanzia che gli ha accordata. Se il creditore muore lasciando più eredi, il credito si divide di pien diritto fra loro; ciascuno può domandare la sua parte nel credito. Ne risulta che l'ipoteca sussisterà per intero malgrado questo pagamento parziale. Ciò non autorizza il debitore ad esigere che i diversi eredi s'intendano per ricevere il pagamento integrale del credito, e consentirgli la radiazione dell'inscrizione ipotecaria. La Corte di cassazione ha giudicato così e la questione non è dubbia. Il debitore non ha nemmeno il diritto di lagnarsi di queste azioni divise, perchè, alla sua volta, egli ha il diritto di pagare a ciascuno degli eredi la sua parte nel debito. Dipende dunque da lui il liberarsi a riguardo di tutti e l'ottenere la radiazione dell'inscrizione (2).

179. Tutti gli autori insegnano che la legge dicendo che l'ipoteca è indivisibile per sua natura, intende affermare che non lo è per sua essenza, donde conchiudono che le parti possono fare convenzioni contrarie. Il diritto delle parti di fare quelle convenzioni che credono opportune, relativamente all'indivisibilità dell'ipoteca, non è dubbio, poichè l'indivisibilità stessa si fonda sulla loro intenzione. Esse possono convenire che se il debito è soddisfatto parzialmente, sia che il creditore consenta a ricevere un pagamento parziale, sia che l'obbligazione si divida fra gli eredi, l'ipoteca sarà estinta nella stessa proporzione, ossia sarà ridotta ad una parte dell'immobile o degli immobili ipotecati. Ma si ha torto di considerare questa riduzione dell'ipoteca come un'eccezione all'indivisibilità. L'ipoteca così ridotta o estinta parzialmente resterà indivisibile come era l'ipoteca primitiva. Il principio dell'indivisibilità è soltanto modificato, nel senso che l'ipoteca s'estinguerà parzialmente, mentre, per diritto comune, essa si estingue per intero col pagamento di tutto il debito (3

---

(1) DURANTON, t. XIX, p. 366, n. 246; PONT, t. I, p. 346, n. 333.
(2) Rigetto, 9 novembre 1847 (DALLOZ, 1848, 1, 49).
(3) MARTOU, t. II, p. 304, n. 695. PONT, p. 346, n. 332. Cfr. DURANTON, t. XIX, p. 362, n. 245.

II. — Del concorso di un'ipoteca generale con un'ipoteca speciale.

180. L'indivisibilità dell'ipoteca dava luogo, sotto l'impero del codice civile, ad una questione molto controversa, nel caso in cui un creditore avente ipoteca generale si trovasse in concorso con un creditore posteriore non avente che un'ipoteca speciale, costituita sopra un immobile compreso nell'ipoteca generale. Si domandava se il primo, in forza della sua ipoteca generale, potesse esercitare il suo diritto sull'immobile gravato di un'ipoteca speciale. Sotto l'impero della nostra legge ipotecaria la questione non può più presentarsi in questi termini, poichè non vi sono più ipoteche generali nel senso del codice civile. Vi hanno però ancora ipoteche che possono cadere su tutti i beni del debitore. Tale è l'ipoteca legale dello Stato sui beni dei contabili. Tale sarebbe anche l'ipoteca convenzionale che gravasse tutti i beni del debitore. Il conflitto fra un'ipoteca generale così definita ed un'ipoteca speciale è dunque sempre possibile, e, per conseguenza, la difficoltà può ancora presentarsi.

181. Stando al rigore dei principii, la soluzione non è dubbia. Un primo creditore stipula un'ipoteca sopra una casa, un campo e un bosco. Quale è il suo diritto? La legge risponde (art. 41, codice civile, art. 2114) ch'egli ha un diritto indivisibile, il quale sussiste per intero su tutti gli immobili vincolati e su ciascuno di essi. Il creditore può dunque esercitare il suo diritto sui tre fondi vincolati al suo credito, o su quello dei tre fondi che vuol scegliere. Posteriormente il debitore concede un'ipoteca sulla casa, poi una seconda sul campo ed una terza sul bosco. Si apre una graduatoria sul bosco. Il creditore che ha un'ipoteca generale sui fondi del debitore può presentarsi alla graduatoria? L'affermativa non è dubbia. La sua ipoteca colpisce il bosco e lo colpisce per la sicurtà di tutto il suo credito. Questo diritto non può essergli tolto da una nuova concessione ipotecaria che il debitore consente sul detto bosco. Dunque il creditore può esercitarlo, e sarà preferito al secondo creditore inscritto sullo stesso fondo. È una conseguenza evidente dell'indivisibilità dell'ipoteca e del diritto che l'ipoteca dà al creditore. È vero che da questo concorso dell'ipoteca generale risulterà che l'ipoteca speciale può divenire inefficace, e, per conseguenza, il secondo creditore perderà la sua garanzia e il suo credito. Ma che importa? Il secondo creditore non può lagnarsi che il primo venga ad essergli anteposto. Egli doveva aspettarselo, poichè il creditore avente ipoteca generale aveva un diritto sul bosco per la sicurtà di tutto il suo credito. Invano il secondo creditore direbbe che il primo può esercitare il suo diritto anche sulla casa e sul campo, che gli sono egualmente ipotecati, e che l'equità richiede che lo faccia. È una considerazione d'equità

sulla quale ritorneremo, ma l'equità è subordinata al diritto, e non autorizza l'interprete a fare eccezione alla legge.

Sul principio tutti sono d'accordo (1). La Corte di Parigi, la quale aveva da prima giudicato che il creditore poteva essere costretto a dividere la sua ipoteca, è ritornata su questo errore, condannato dal testo del codice civile (2).

182. Questo principio subisce eccezioni o restrizioni? Qui entriamo in un dedalo di controversie che si sarebbero evitate se si fosse stati al rigore del diritto. Quando un principio è stabilito dalla legge, il solo legislatore può modificarlo o restringerlo, a meno che non permetta alle parti di derogarvi. L'indivisibilità dell'ipoteca è una delle regole del nostro regime ipotecario che la legge lascia alle libere convenzioni delle parti interessate (n. 179). Ne consegue che il creditore può rinunciare al diritto che gli dà l'indivisibilità dell'ipoteca, e questa rinuncia può essere espressa o tacita. Supponiamo che s'apra una graduatoria su tutti gli immobili che gli sono ipotecati. Egli ha il diritto di farsi collocare sul prezzo di tutti gli immobili, ma se accetta un collocamento ristretto a un solo immobile, rinuncia implicitamente a farsi collocare sul prezzo degli altri immobili, a meno che non riservi i suoi. Se dunque il collocamento ch'egli ha accettato fosse insufficiente, non potrebbe obbligare gli altri creditori a conferire le somme che hanno riscosse. Non si potrebbe contestare il principio della rinuncia. Il solo punto sul quale si possa discutere è la questione di sapere se vi ha rinuncia. È una questione d'intenzione che il giudice del fatto decide sovranamente. La giurisprudenza ha consacrato questa dottrina applicandola alla moglie dotale che, in una graduatoria aperta sui beni del marito, accetta un collocamento speciale sul prezzo d'uno di questi immobili (3). Non entriamo in simili dettagli, poichè la difficoltà si presenterà di rado, secondo la nostra legge, la quale non ammette più le ipoteche generali, giudiziarie e legali.

La rinuncia del creditore è la sola eccezione che si possa ammettere, perchè la legge non ne fa alcuna. Però si insegna che gli altri creditori possono costringere colui che ha un'ipoteca cadente su più immobili a contentarsi d'una collocazione sul prezzo di uno di essi, e che, per conseguenza, possono chiedere di essere collocati sugli altri immobili se danno cauzione di conferire l'importo delle loro collocazioni nel caso che la collocazione speciale fosse insufficiente per disinteressare il creditore che ha un'ipoteca generale (4). Ecco già l'equità che s'introduce nel dominio del diritto per limitarlo. A nostro avviso, soltanto il legisla-

---

(1) Pont, t. I, p. 354, n. 336; Aubry e Rau, t. III, p. 413.
(2) Parigi, 5 aprile 1811 e 24 novembre 1814, citate da Pont.
(3) Vedi le testimonianze in Aubry e Rau, t. III, p. 413, nota 19.
(4) Aubry e Rau, t. III, p. 413, § 284, IV edizione.

tore ha questo potere, l'interprete deve stare alla legge. Ora, il diritto del creditore, che ha un'ipoteca generale è scritto nei nostri testi. Egli può chiedere di essere collocato sul prezzo di tutti gli immobili vincolati al suo credito, ed opporsi al rilascio di note a creditori posteriori fino a che sia stato integralmente soddisfatto.

183. Veniamo alle applicazioni, più o meno controverse. Vi ha una conseguenza dell'indivisibilità che è evidente, cioè che il creditore avente un'ipoteca su più immobili non può essere obbligato a dividere la sua domanda di collocazione portandola proporzionalmente sul prezzo di tutti gli immobili che gli sono vincolati. Ciò è ammesso, in massima, dalla dottrina e dalla giurisprudenza (1). Ma, applicando il principio, gli autori e le Corti se ne allontanano più o meno.

Supponiamo anzitutto che uno solo degli immobili ipotecati sia venduto. S'apre una graduatoria, nella quale si presentano il creditore che ha un'ipoteca generale e creditori posteriori che hanno un'ipoteca speciale. Il primo creditore può domandare di essere collocato per tutto il suo credito. È il suo diritto, il che è decisivo. Accade lo stesso quando sono venduti tutti gli immobili ipotecati. Il principio è identico. Qui però si fa una restrizione. Si ammette l'applicazione del principio quando vi sono graduatorie separate, aperte in tribunali diversi. Perchè questa condizione? Ecco di nuovo l'equità che si ascolta e che domina, in realtà, in questa materia, nella dottrina e nella giurisprudenza. L'equità è per il creditore in entrambi i casi che abbiamo supposti. Infatti se non gli si accordasse che una collocazione parziale, sarebbe obbligato a ricevere un pagamento parziale, poi ad agire sugli altri immobili a lui vincolati (2). A noi non garba il motivo del decidere, perchè esso implica che se l'equità fosse per i creditori aventi un'ipoteca speciale, essi prevarrebbero, malgrado il diritto che l'indivisibilità accorda al primo creditore.

184. Quale è, in questi due casi, la situazione dei creditori che hanno un'ipoteca speciale? La loro ipoteca diviene inefficace. Secondo la nostra opinione (n. 178), essi non hanno diritto di lagnarsi. La dottrina, preoccupata dell'equità, ha tentato di venire in loro aiuto immaginando una surrogazione equitativa. Il prezzo dell'immobile che è loro ipotecato serve a disinteressare il creditore soddisfatto a danno loro. Non è giusto che essi siano surrogati nei suoi diritti? Tarrible dimentica che non vi ha surrogazione legale senza legge, nè, in massima, surrogazione senza pagamento. Ora, la pretesa surrogazione ch'egli ammette non è consacrata dal codice (art. 1251) e, nella specie, non sono i creditori posteriori che pagano il creditore anteriore.

---

(1) Vedi le citazioni in AUBRY e RAU, t. III, p. 413, § 284, nota 20.
(2) AUBRY e RAU, t. III, p. 414, § 284, nota 21.

Questi è preferito loro in forza del grado che gli accorda la sua inscrizione. L'opinione di Tarrible non ha trovato favore: gli autori e la giurisprudenza la respingono (1). Durante i lavori preparatori intrapresi in Francia nel 1840 e nel 1851 si era proposto di surrogare i creditori speciali al creditore generale, e già una disposizione concepita in questo senso era stata adottata dall'Assemblea legislativa in seconda lettura, ma il progetto non approdò. Se gli autori della legge belga non l'hanno riprodotto, è senza dubbio perchè le ipoteche generali sono abolite, e la difficoltà non si presenta per le ipoteche convenzionali. Ecco il motivo pel quale non insistiamo su queste lunghe questioni.

Se la difficoltà si presentasse, i creditori speciali, posposti ad un'ipoteca generale, non avrebbero che un mezzo di mettersi al coperto del danno che li minaccia, disinteressare, cioè, il creditore che vien loro preferito, il che assicurerà ad essi la surrogazione stabilita dall'art. 1251, n. 3 (vol. XVIII, n. 67), vale a dire che eserciteranno tutti i diritti del creditore generale, e quindi saranno collocati sul prezzo degli immobili che non sono ipotecati al loro proprio credito (vol. XVIII, nn. 110 e 116).

185. Questa surrogazione solleva una nuova difficoltà. Aubry e Rau vi apportano una restrizione. Il creditore surrogato, essi dicono, non può farsi collocare sul prezzo d'immobili gravati, a vantaggio d'altri creditori d'ipoteche anteriori in data alla sua (2). Riprendiamo l'esempio del n. 181. Un'ipoteca in data del 1875 colpisce la casa, il campo e il bosco del debitore. Vi sono ipoteche speciali del 1876, 1877 e 1878 sul campo, la casa e il bosco. S'apre una graduatoria sul bosco ipotecato nel 1878. L'ultimo creditore ipotecario paga il creditore con ipoteca generale. Succederà egli in tutti i suoi diritti? Per principio, sì, ma con una restrizione, si dice cioè ch'egli non sarà preferito alle ipoteche consentite nel 1876 e nel 1877, facendo portare la sua collocazione sul bosco in forza della sua surrogazione, per esercitare poi i suoi diritti ipotecari sugli altri due fondi affine di rimborsarsi del credito che ha pagato al surrogante. Questa restrizione è contraria ai principii, è un'eccezione agli effetti della surrogazione. Ora, ogni eccezione richiede un testo. L'equità stessa non può essere invocata dai creditori con ipoteca speciale, perchè essi potevano aspettarsi una surrogazione che è scritta nella legge in favore d'un creditore posteriore. D'altronde l'equità deve essere esclusa quando è in antagonismo col diritto (3).

186. Quando la distribuzione del prezzo della totalità degli immobili soggetti all'ipoteca del creditore primo in grado si fa

(1) Vedi le testimonianze in AUBRY e RAU, t. III, p. 414, § 284, nota 22, e in PONT, t. I, p. 356, nn. 337 e 338.

(2) AUBRY e RAU, t. III, p. 414, e nota 24, e le sentenze della Corte di Grenoble che citano.

(3) PONT, t. I, p. 360, n. 341. Cfr. Cassazione, 3 marzo 1856 (DALLOZ, 1856, 1, 321).

con una sola e medesima graduatoria, si distingue. Se il credi tore con ipoteca generale è interessato a mantenere il diritto che gli conferisce l'indivisibilità della sua ipoteca, si mantiene il principio in tutto il suo rigore. Se il creditore non vi ha alcun interesse, si modifica il principio, conciliando i diritti dei diversi creditori (1). La distinzione ci pare poco giuridica; non si tratta dell'interesse del creditore, si tratta del suo diritto. Egli solo è giudice del proprio interesse, il che equivale a dire che può rinunciare al rigore del suo diritto. Il giudice non è chiamato a regolare interessi; la sua missione consiste nel mantenere i diritti che le parti derivano dalla legge o dalle loro convenzioni. Uno degli autori che ammettono la distinzione dice che il principio dell'indivisibilità è suscettibile d'un certo temperamento. Questo temperamento è una vera eccezione. Chi dà all'interprete il potere di modificare la legge ed i diritti che ne risultano? Spetta al solo creditore vedere se gli conviene mantenere l'indivisibilità dell'ipoteca o se vuol rinunciarvi.

Quello che prova contro l'opinione generale si è che, nell'applicazione, coloro che la seguono si dividono. Anzitutto è difficilissimo decidere se il creditore ha interesse o meno a mantenere l'indivisibilità dell'ipoteca. Ecco una prima causa di difficoltà e di liti (2). Poi viene la questione di sapere in *che consista il temperamento*, vale a dire la restrizione che si può apportare al principio dell'indivisibilità. In diritto, la questione è insolvibile. Fino a qual punto ed in quale misura possono i giudici derogare alla legge, tenendo conto dell'interesse del creditore con ipoteca generale e dei creditori con ipoteche speciali? La domanda implica una impossibilità giuridica, perchè è come chiedere entro quali limiti si può derogare alla legge, vale a dire violarla. Anche gli interpreti non s'intendono come non s'intendono i tribunali. Una stessa Corte, ed è la Cassazione, ha emanato decisioni contradditorie. Ma si può dire che non vi ha contraddizione, poichè, una volta posti sul terreno dell'interesse, manca ogni principio. Il giudice diviene legislatore, e decide, in tutti i casi, a seconda delle circostanze della specie. Crediamo inutile entrare nei dettagli della dottrina e della giurisprudenza. Quando si comincia a temperare i principii non vi ha più nulla di certo, non rimane che l'arbitrio (3).

---

(1) PONT, t. I, p. 363, nn. 343 e 344; AUBRY e RAU, t. III, p. 415 e nota 25.

(2) Vedi le sentenze citate da AUBRY e RAU, t. III, p. 415, § 284, nota 25.

(3) Vedi i diversi procedimenti in AUBRY e RAU, t. III, p. 415, § 284, e nota 26; PONT, t. I, p. 364, n. 345.

§ II. — *Divisione delle ipoteche.*

187. L'art. 42 dispone che « l'ipoteca non ha luogo se non nei casi e secondo le forme autorizzate dalla legge ». Quale è il significato di questa disposizione? È la legge che determina i casi nei quali vi ha ipoteca. Possono le parti convenire che l'ipoteca avrà luogo in altri casi? Così pure la legge regola le forme che devono essere osservate per le ipoteche convenzionali e testamentarie. Potrebbero le parti derogare a queste forme sia per convenzione, sia per atto d'ultima volontà? Infine le ipoteche legali devono essere specializzate, ed è ancora la legge che dispone in qual modo si fa la specializzazione. Potrebbero le parti convenire un altro modo? Tutte queste quistioni devono essere decise negativamente. Infatti, sta il principio che i privati non possono colle loro convenzioni derogare alle leggi che concernono l'ordine pubblico, e per leggi d'ordine pubblico si intendono quelle che sono emanate per un interesse pubblico. Ora, è evidente che il regime ipotecario è d'interesse sociale, e quindi le parti non possono derogare a questo regime. Tale è il senso dell'art. 42. La legge belga ha abolito le ipoteche giudiziarie. Potrebbero le parti ristabilirle direttamente o indirettamente? No. La nostra legge decide in quali casi un'inscrizione ipotecaria è nulla. Potrebbero le parti convenire ch'essa sarà nulla per altre cause? No. La legge belga vuole che le ipoteche legali siano specializzate. Potrebbero le parti dichiararle generali? No. E così dicasi di tutte le disposizioni del nostro regime ipotecario, sono tutte d'ordine pubblico. Non vi ha eccezione a questo principio che quando una disposizione della legge ipotecaria è fondata sull'intenzione presunta delle parti contraenti. Tale è il principio dell'indivisibilità delle ipoteche. Si rientra, in questo caso, sotto l'impero della regola che governa i contratti. La legge non impone l'indivisibilità alle parti. Essa suppone soltanto che la loro intenzione sia di rendere l'ipoteca indivisibile. Libero ad esse di manifestare una volontà contraria.

188. « L'ipoteca è legale, convenzionale o testamentaria » (art. 43, codice civile, art. 2116).

189. « L'ipoteca legale è quella che risulta dalla legge.

« L'ipoteca convenzionale è quella che dipende dalle convenzioni e dalla forma esteriore degli atti e dei contratti » (art. 44, codice civile, art. 2117).

L'ipoteca legale è stata profondamente modificata dalla legge belga. Tuttavia la definizione che ne dà la legge del 1851 è la stessa dell'art. 2117 del codice Napoleone. Questa ipoteca è dunque rimasta essenzialmente quello che era prima. Ciò che la caratterizza si è ch'essa risulta dalla legge, in opposizione all'ipoteca convenzionale, che dipende dalle convenzioni. L'osservazione sembra inutile, ma importa sempre precisare i principii, anche i

più elementari. Ne vedremo una conseguenza trattando dell'ipoteca legale della moglie. V'ha chi dice che questa ipoteca è convenzionale quando si tratta dei diritti che nascono dal contratto di matrimonio. Basta leggere la definizione dell'ipoteca legale per convincersi che vi ha contraddizione nei termini e nelle idee quando si dà il nome di *convenzionale* all'ipoteca *legale*, perchè dire che un'ipoteca è *legale* significa ch'essa esiste *senza convenzione*, e quindi che non è convenzionale. La nuova legge vuole che le ipoteche legali siano specializzate, e questa specializzazione si fa con convenzione per i diritti che nascono dal contratto di matrimonio. In questo caso, la *specializzazione* è *convenzionale*, ma l'*ipoteca* resta *legale*. Un'ipoteca che fosse ad un tempo legale e convenzionale sarebbe un non senso.

190. Il codice civile ammetteva anche un'ipoteca giudiziale, che risultava dalle sentenze a vantaggio del creditore. Questa ipoteca non è stata mantenuta. Per contro, la legge belga ammette un'ipoteca testamentaria, di cui il codice civile non parlava. Ne tratteremo dopo aver esposto i principii che reggono le ipoteche convenzionali e legali. Dobbiamo vedere innanzi tutto i motivi per cui il legislatore ha abolito l'ipoteca giudiziale.

Questa ipoteca data dal secolo XVI. Essa fu ammessa come conseguenza del principio secondo il quale, nell'antico diritto, il debitore che si obbligava con un atto autentico obbligava ipotecariamente i suoi beni presenti e futuri, senza che vi fosse bisogno d'una stipulazione. Anche le sentenze essendo atti autentici, era logico attribuirvi un'ipoteca generale. Ciò era tanto più naturale in quanto il regime anteriore alla rivoluzione confondeva gli atti della giurisdizione contenziosa con quelli della giurisdizione volontaria. Le leggi rivoluzionarie separarono l'ordine giudiziario dall'ordine amministrativo, e le leggi ipotecarie, compresovi il codice civile, non attribuirono all'autenticità dell'atto l'effetto di generare un'ipoteca. Gli autori del codice, derogando all'antico diritto, per quanto riguarda il principio da cui derivava l'ipoteca giudiziaria, avrebbero dovuto respingere la conseguenza col principio. A leggere l'*Esposizione dei motivi* del nostro titolo, si crederebbe ad un malinteso. « Le sentenze osserva Treilhard, hanno un carattere che non permette di accordare loro minor effetto che a *contratti autentici* » (1). Ciò sembra dire che i *contratti autentici* importano ipoteca. Era così nell'antico diritto, mentre, secondo il codice civile, il contratto autentico non basta per accordare un'ipoteca al creditore. Egli deve stipularla. L'ipoteca risulta dalla *convenzione*, e non dall'autenticità.

Bigot-Préameneu cerca di giustificare l'ipoteca giudiziaria con un motivo razionale. « La forza delle sentenze, egli dice, non sarebbe stata che illusoria se il condannato avesse potuto poi

---

(1) TREILHARD, *Esposizione dei motivi*, n. 10 (LOCRÉ, t. VIII, p. 239).

con una semplice convenzione ipotecaria concedere sui suoi beni un diritto di prelazione. 'E di assoluta necessità che le condanne giudiziarie, come le obbligazioni legali, prendano grado nel numero dei debiti ipotecari secondo la loro data » (1). Ciò suppone che le sentenze hanno per oggetto di dare garanzie al creditore sui beni del suo debitore. Non è così. Il solo effetto della sentenza è di riconoscere i diritti delle parti e di dare al creditore un titolo esecutivo per sequestrare i beni del debitore che non paga. Ma per sè stessa la sentenza è affatto estranea al diritto di prelazione che un creditore reclama contro gli altri creditori. Questa preferenza non può risultare che dalla convenzione, dalla legge o da un testamento. Ora, quando il creditore procede giudizialmente contro il suo debitore, non vi ha alcuna convenzione che gli accordi ipoteca. Egli è semplice creditore chirografario e, come tale, non ha che un pegno generale sui beni del suo debitore. Se questi è insolvibile, il creditore che procede contro di lui viene a contribuzione cogli altri creditori. Con qual diritto cambia egli questo pegno generale, che non gli dà alcuna preferenza, contro un'ipoteca giudiziale che gli assicura una preferenza? È modificare la legge del contratto, in danno della massa chirografaria, il che non è conforme nè alla giustizia nè all'equità (2).

191. Il giudice può accordare un'ipoteca speciale al creditore come sanzione della condanna pronunciata in suo favore? Abbiamo già risposto alla domanda stabilendo il principio d'ordine pubblico che governa questa materia (n. 187). Non spetta al giudice più che alle parti derogare a leggi d'interesse generale, e il regime ipotecario è una legge d'ordine sociale. Ne consegue che il giudice non ha diritto di creare ipoteche, nè speciali nè generali. Si cita una sentenza della Corte di Bruxelles siccome quella che ha implicitamente riconosciuto questo potere ai tribunali (3). È con un argomento *a contrario* che si deduce questa conseguenza dalla sentenza, argomentazione sempre pericolosa. Tutto quello che vi è a dire si è che, se tale è stato il pensiero della Corte, essa si è ingannata.

Altra è la questione di sapere se il giudice può condannare il debitore a sostituire un'ipoteca a vantaggio del creditore. La dottrina e la giurisprudenza lo ammettono (4). A noi pare dubbio.

---

(1) BIGOT-PRÉAMENEU, Relazione fatta in nome d'una parte della sezione di legislazione, n. 6 (LOCRÉ, t. VIII, p. 147).

(2) MARTOU, t. II, p. 306, n. 698. Relazione della commissione speciale e della commissione del senato (PARENT, pp. 26 e 412). Vedi la discussione alla Camera dei rappresentanti, sedute del 1.° e del 3 febbraio 1851 (PARENT, p. 235 e seg.). L'ipoteca giudiziale è stata respinta con 59 voti contro 62.

(3) Bruxelles, 7 novembre 1853 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 53). In senso contrario, MARTOU, t. II, p. 321, n. 702, e CLOES, t. II, p. 44, n. 1007.

(4) MARTOU, t. II, p. 321, n. 703; CLOES, t. II, p. 44 e seg., n. 1007. Bruxelles, 22 dicembre 1859 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 131).

Non sarebbe un'ipoteca convenzionale, poichè questa suppone il libero concorso delle parti; sarebbe un'ipoteca imposta dal giudice. Nessuna disposizione della legge autorizza il giudice a sanzionare le sue decisioni mediante una ipoteca che il debitore dovrebbe per forza consentire. Sarebbe un'ipoteca procedente indirettamente dal giudice. Ora, il giudice non può creare ipoteche (n. 182).

Si presenta ancora una difficoltà in questa materia. Se il debitore ha promesso di costituire un'ipoteca a vantaggio del creditore, può il giudice costringerlo ed in qual senso? Ritorneremo sulla questione al capo delle *Ipoteche convenzionali.*

§ III. — *Quali beni possono essere ipotecati.*

Art. 1.° — Degli immobili.

N. 1. — Degli immobili per loro natura.

192. La legge determina i beni che possono essere ipotecati. Solo questi beni sono suscettibili d'ipoteca. È quello che dice l'art. 45. I termini sono restrittivi. Tale è il carattere di tutte le disposizioni che concernono il regime ipotecario, quand'anche la forma della legge non fosse restrittiva (n. 187). È una questione d'interesse generale quella di determinare i beni che possono essere gravati d'ipoteche, la legge sola può deciderla. Sta dunque il principio che i beni che non sono compresi nel testo non possono essere ipotecati.

193. Ne consegue che i mobili non possono essere ipotecati. Infatti, l'art. 45 non comprende nella sua enumerazione che gli immobili, il che è decisivo. Inoltre la definizione dell'ipoteca dice che l'ipoteca è un diritto reale sopra un immobile. Perchè la legge non permette d'ipotecare i mobili, quando stabilisce privilegi mobiliari? Si può dire anzitutto che la maggior parte dei privilegi mobiliari sono generali. Anche il più comune dei privilegi speciali, quello del locatore, ha un carattere di generalità. Questi diritti danno una garanzia al creditore nel senso che i mobili che ne sono gravati si rinnovano incessantemente. Ora, il principio di specialità non permetteva d'ipotecare la generalità dei mobili, e le ipoteche su certi mobili avrebbero offerto poca garanzia, poichè il creditore non avrebbe goduto del diritto di evizione. L'ipoteca senza il diritto di evizione sarebbe stata derisoria, per la facilità che il debitore ha d'alienare le cose mobiliari. È dunque perchè i mobili non sono soggetti ad evizione che il codice civile e la legge belga non hanno ammesso l'ipoteca dei mobili.

L'art. 46 (codice civile, art. 2119) riproduce il vecchio adagio secondo il quale « *les meubles n'ont* pas de suite par hypothèque ». Non si vede quale sia l'utilità di questa disposizione.

Nell'antico diritto, l'adagio aveva la sua ragion d'essere. Si ammetteva che i mobili potevano essere ipotecati, ma si rifiutava a questa ipoteca il diritto di evizione (1). Il legislatore moderno abolì le ipoteche mobiliari, e quindi pare inutile dire che i mobili non hanno *suite par hypothèque*. Tuttavia si può osservare che questo adagio completa il principio formulato dall'art. 2279. In forza della regola che in fatto di mobili il possesso vale titolo, il proprietario non può rivendicare gli oggetti mobiliari che gli appartengono contro un terzo possessore di buona fede, e il principio che i mobili non soffrono evizione s'oppone a che sia esercitato contro un terzo detentore un diritto reale qualunque sopra un oggetto mobiliare. Si toglie ai diritti reali mobiliari una parte della loro efficacia, ma si facilita nel tempo stesso la libera circolazione di tutti i valori mobiliari. Diciamo tutti i valori, perchè l'art. 2119 (legge ip., art. 46) è più generale dell'art. 2279, che non s'applica che ai mobili corporali (2). Ritorneremo, su questo punto, al titolo della *Prescrizione*.

194. Vi sono beni immobili che vennero mobilizzati. Sono le rendite fondiarie che, nell'antico diritto, erano considerate come immobili. La giurisprudenza ammette che furono mobilizzate implicitamente dalla legge dell' 11 brumaio anno VII (vol. XVII, n. 56). Per conseguenza queste rendite non possono più essere colpite d'ipoteca e, d'altra parte, i creditori della rendita non hanno più il diritto reale immobiliare di cui un tempo erano investiti. Si potrebbe indurne ch'essi non hanno alcuna garanzia reale. Sarebbero stati in tal modo spogliati d'un diritto acquisito, e tale non era certo l'intenzione del legislatore. La lacuna che si trovava nelle leggi è stata colmata da decreti (3), i quali consacrarono l'interpretazione che la giurisprudenza aveva dato alle leggi (4). 'E inutile discutere questa interpretazione. I decreti avendo forza di legge, ogni dubbio è scomparso.

195. Sono suscettibili d'ipoteca, secondo l'art. 45: 1.° i beni immobiliari che si trovano in commercio. Gli immobili devono essere in commercio, perchè l'ipoteca su beni che non sono in commercio non avrebbe alcuna utilità. Se l'ipoteca è una garanzia ciò avviene per la facoltà che il creditore ha di far vendere l'immobile ipotecato, per essere pagato sul prezzo con preferenza ai creditori chirografarii. A che gli servirebbe un'ipoteca su beni che non possono essere venduti? Ecco perchè i beni dotali, sotto il regime della dote, non possono per principio essere ipotecati, la legge dichiarandoli inalienabili (art. 1554).

---

(1) LOYSEAU e DE GHEWIET citati da MARTOU, t. II, p. 331, n. 772. Cfr. VALETTE, p. 212, n. 129; PONT. t. I, p. 434, n. 414.

(2) AUBRY e RAU, t. III, p. 112 e seg., nota 2, § 256.

(3) Decreti del 12 dicembre 1808, art. 11, del 9 dicembre 1811, art. 37, del 1.° marzo 1813, art. 5. Questi decreti sono stati emanati per la promulgazione delle leggi francesi nei paesi riuniti.

(4) Vedi le sentenze in AUBRY e RAU, t. II, p. 458, nota 12, § 224 *ter*.

Gli autori formulano il principio in altri termini. Perchè un immobile possa essere ipotecato, bisogna che sia sequestrabile. La vendita dell'immobile ipotecato, sulla richiesta del creditore, non si fa mediante alienazione volontaria, ma bensì dietro espropriazione forzata, e quindi dietro sequestro immobiliare. La formola pratica del principio è dunque quella degli autori: *Sono suscettibili d'ipoteca soltanto gli immobili che possono formare oggetto d'un sequestro immobiliare, conformemente alle leggi della procedura* (1). È per questa ragione che l'art. 45 è concepito negli stessi termini dell'art. 1.° della legge del 15 agosto 1854, che dispone: « Il creditore può chiedere l'espropriazione: 1.° dei beni immobiliari e dei loro accessori reputati immobili appartenenti in proprietà al suo debitore; 2.° dei diritti d'usufrutto d'enfiteusi e di superficie appartenenti al debitore sui beni della stessa natura ».

Per *beni immobiliari* la legge ipotecaria e la legge sull'espropriazione forzata intendono i beni che il codice civile dichiara immobili per loro natura, vale a dire i terreni e i fabbricati. Veramente i terreni sono i soli beni che siano immobili per loro natura. I fabbricati si compongono di oggetti mobiliari che diventano immobili per la loro incorporazione al suolo. Ne parleremo trattando dei mobili immobilizzati. La legge del 1854 soggiunge « appartenenti in *proprietà* al debitore ». Per *proprietà* bisogna intendere non solo la piena proprietà, ma anche la nuda proprietà. La legge non distingue, e non vi era luogo a distinguere, poichè la nuda proprietà è un immobile che si trova in commercio e che è sequestrabile.

196. Si possono ipotecare anche beni indivisi. La validità dell'ipoteca dipenderà dalla divisione. Finchè la divisione non è stata fatta, i creditori non possono sequestrare la parte indivisa del debitore. Il creditore che ha un'ipoteca sopra una parte indivisa deve dunque cominciare col provocare la divisione, e può sempre intervenirvi per tutelare i suoi diritti. La legge del 15 agosto 1854 contiene parecchie disposizioni nell'interesse dei creditori ipotecari. Noi ci limitiamo a trascriverle, rimandando all'eccellente commentario di Martou e Vandenkerckhove, continuato da Waelbroeck, nostro compianto collega. Se l'immobile indiviso, che è gravato d'ipoteca, vien licitato, ed è aggiudicato ad altri che al collicitante che ha consentito l'ipoteca, il diritto del creditore ipotecario sarà riportato sulla parte del debitore nel prezzo. In caso di divisione con saldo, le somme che il condividente gravato dal saldo sarà tenuto a pagare saranno vincolate ai crediti ipotecarii, che perdono questo carattere quando l'immobile ipotecato cade nel lotto del condividente, debitore del saldo verso il condividente che ne è creditore. Il saldo rap-

---

(1) VALETTE, p. 185, n. 127; MARTOU, t. II, p. 332, n. 714. Rigetto, 10 marzo 1852 (DALLOZ, 1852, 2, 111).

presenta una parte dell'immobile, per la quale l'ipoteca sarebbe stata mantenuta se fosse stata messa nel lotto dell'erede che aveva ipotecato la sua parte indivisa. La legge riporta l'ipoteca sul saldo (art. 2).

197. Vi ha un caso nel quale il proprietario non può più alienare nè ipotecare. La legge del 15 agosto 1854 dispone, art. 27: « Il debitore non può, a contare dal giorno della trascrizione del sequestro o del precetto, dare in ipoteca gli immobili sequestrati, o indicati nel precetto, sotto pena di nullità e senza che occorra farla pronunciare ». Siccome saremo sovente nel caso di citare questa disposizione, dobbiamo soffermarvici un momento. Il divieto d'ipotecare non è, in questo caso, la conseguenza del divieto d'alienare. L'alienazione è vietata al debitore, perchè annullerebbe il sequestro, che non può essere continuato se non contro il detentore attuale, mentre la costituzione dell'ipoteca non impedirebbe di continuare il sequestro, perchè non attenta menomamente al diritto dei creditori ipotecarii, i quali conservano il loro grado. Se la legge non permette al sequestrato d'ipotecare, non può farlo che nell'interesse dei creditori chirografarii. La legge del 1851 sopprime l'ipoteca giudiziale. Se si fosse permesso al sequestrato d'ipotecare, egli avrèbbe potuto sottrarsi agli effetti delle sentenze pronunciate contro di lui ipotecando i suoi beni durante il corso del sequestro. Ecco perchè il legislatore belga ha fatto retroagire l'incapacità d'alienare e d'ipotecare al giorno della trascrizione del precetto, mentre, secondo il codice di procedura, essa non cominciava che a far tempo dalla denuncia del sequestro. Così il creditore sequestrante può colpire i beni d'inalienabilità fin dal principio della procedura, poichè il precetto precede il sequestro (1).

198. Si è presentata la questione di sapere se il sequestro per causa di guerra colpisce i beni d'inalienabilità e impedisce, per conseguenza, al proprietario d'ipotecare. È stato giudicato che questo sequestro toglie al proprietario soltanto l'amministrazione dei beni e, per conseguenza, il godimento, ma non sospende l'esercizio del diritto di proprietà. Per conseguenza, le ipoteche consentite durante il sequestro vennero dichiarate valide (2).

199. La legge pone fra gli immobili per loro natura anche i frutti del suolo e degli alberi, ma l'art. 520 soggiunge che i frutti sono mobili quando siano raccolti o separati dal suolo. 'E lo stesso dei tagli di boschi che diventano mobili di mano in mano che gli alberi vengono abbattuti (art. 521). Ne consegue che non si possono ipotecare i frutti separatamente dal suolo. Sarebbe l'ipoteca d'un oggetto mobiliare, poichè i frutti sono mobili

---

(1) WAELBROECK, *Commentario della legge del 15 agosto 1854* (t. II, p. 261, articolo 27, nn. 6-8).
(2) Liegi, 19 luglio 1819 (*Pasicrisie*, 1819, p. 434).

quando si ritiene, in una convenzione, che debbono essere separati dal suolo. I frutti non possono essere ipotecati che col fondo, per meglio dire, l'ipoteca che grava il fondo colpisce necessariamente i frutti, poichè i frutti fanno una cosa sola con quella. Secondo la teoria del codice, i frutti, più che un accessorio del fondo, si confondono con esso e partecipano della sua natura, in quel modo che il codice considera i fabbricati, a causa della loro incorporazione al suolo, come immobili per loro natura e non come accessorii.

La teoria del codice non è esatta. Vi ha una differenza essenziale fra gli immobili per loro natura, vale a dire i terreni, e gli immobili per incorporazione, come i fabbricati e i frutti. Il suolo non cessa mai d'essere immobile, non si può mobilizzarlo; e quindi l'ipoteca che lo grava è permanente e perpetua. I fabbricati, al contrario, possono essere demoliti, e i frutti vengono necessariamente staccati dal suolo alla loro maturità. Nasce allora la questione di sapere che cosa diviene l'ipoteca. La soluzione dipende, in parte, dall'influenza che l'ipoteca ha sui diritti del proprietario dell'immobile. L'esamineremo più avanti.

200. La legge del 21 aprile 1810 dispone che le miniere sono immobili (art. 8). Sono immobili per incorporazione, al pari dei frutti. La legge sembra considerare le miniere come immobili per natura. Vi ha infatti, sotto il rapporto della classificazione, identità fra le miniere e i frutti. Ma la proprietà delle miniere e, per conseguenza, l'ipoteca delle miniere sono soggette a regole particolari. La legge distingue tre specie di proprietà in questa materia, quella della superficie, quella della miniera e quella della indennità pagata al proprietario della medesima.

Le miniere non possono essere esercitate che in forza d'un atto di concessione emanato dal Governo. La concessione può essere accordata, sia al proprietario, sia a un terzo. Dal momento che una miniera è concessa in esercizio, sia pure al proprietario della superficie, essa forma una proprietà immobiliare distinta da quella della superficie. Vi sono dunque due immobili, entrambi suscettibili di essere ipotecati. La superficie conserva la sua natura immobiliare; le ipoteche stabilite sul suolo sussistono sulla superficie, la quale può essere gravata di nuove ipoteche. La miniera costituisce una proprietà nuova, sulla quale, dice la legge del 1810 (art. 19), potranno egualmente essere poste nuove ipoteche.

Se la miniera non è concessa al proprietario, questi ha diritto ad una indennità fissata dall'atto di concessione. L'indennità è un diritto mobiliare e non può, per conseguenza, essere ipotecata separatamente, ma se la superficie è ipotecata, il creditore ipotecario eserciterà il suo diritto sulla superficie e sulla indennità, la quale resterà riunita al valore della detta superficie e sarà vincolata con essa alle ipoteche prese dai creditori del proprietario (art. 6 e 18 della legge del 1810).

201. Le disposizioni che abbiamo analizzato non parlano che delle miniere. Devono applicarsi alle cave? La Corte di Liegi

ha giudicato in senso affermativo (1). Ma essa non decise che si debba applicare in tutto alle cave quello che la legge del 1810 dice delle miniere. L'esercizio delle cave non forma oggetto d'un atto di concessione, come quello delle miniere, e per conseguenza non crea tre proprietà distinte. Tutto quello che dice la Corte di Liegi si è che le cave sono immobili per loro natura, come sarebbero le miniere, quand'anche la legge del 1810 non le avesse dichiarate immobili. La sentenza decide dunque implicitamente che le cave sono soggette al diritto comune. Come sono immobiliari le miniere concesse, così lo sono le cave concosse. Tuttavia bisogna osservare che, nella specie, la concessione era perpetua. Il concessionario prendeva dunque il posto del proprietario. In questa circostanza, è vero il dire colla Corte di Liegi, che le cave sono una parte integrante del suolo e che, al pari di una miniera, non cambiano natura, passando a un altro proprietario mediante una concessione perpetua.

N. 2. — Degli immobili per destinazione.

202. Il codice civile ammette una seconda classe d'immobili, quella degli immobili per destinazione. Sono immobili per destinazione anzitutto gli oggetti mobiliari che il proprietario di un fondo vi ha posti per il servizio e la coltivazione del medesimo e, in secondo luogo, gli effetti mobiliari annessi dal proprietario al fondo per rimanervi stabilmente (art. 524). La legge ipotecaria non parla degli immobili per destinazione, ma contiene una disposizione generale che vi si applica: « L'ipoteca acquisita si estende agli accessorii reputati immobili ». Queste parole *accessori reputati immobili* sono generiche, esse comprendono gli oggetti mobiliari annessi ad un fondo, sia per destinazione agricola o industriale, sia per rimanervi stabilmente. Se la legge li chiama immobili, è precisamente perchè formano l'accessorio di una coltivazione immobiliare, o perchè il proprietario li ha annessi al fondo come un accessorio perpetuo. La legge dice che l'ipoteca si *estende* a questi accessori, per indicare che gli immobili per destinazione non possono essere ipotecati separatamente dal fondo, ciò che, del resto, è evidente, perchè separati dal fondo questi oggetti non sono più immobili. La redazione della nuova legge potrebbe far nascere un altro dubbio nelle persone estranee al diritto. L'ipoteca *acquisita*, dice l'art. 45, si *estende* agli accessorii immobiliari. Ciò vuol dire letteralmente che l'ipoteca, dopo essere stata costituita, s'estende agli accessorii che vengono annessi posteriormente all'immobile, il che sembrerebbe escludere gli accessorii già immobilizzati al momento della costituzione dell'ipoteca. Si è fatto questo cattivo ragiona-

---

(1) Liége, 1 novembre 1848 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 95).

mento avanti i tribunali, ma i giudici, s'intende, non ne hanno tenuto alcun conto. Il principale comprende necessariamente gli accessorii. Non si concepisce nemmeno che vi siano lavori agricoli senza l'uno o l'altro degli oggetti mobiliari che l'art. 524 enumera, cioè gli animali addetti alla coltivazione, gli utensili aratorii, le sementi, ecc., come non si concepisce esercizio industriale senza macchine o apparecchi. Quanto agli effetti mobiliari immobilizzati stabilmente, è di per sè evidente che il proprietario che li ha annessi al fondo perchè vi rimangano stabilmente ha inteso ipotecarli col fondo. Non è dunque necessario che l'atto enumeri questi accessorii; essi sono compresi di diritto nell'ipoteca del fondo, il quale non esisterebbe senza gli oggetti mobili necessari alla sua coltivazione. Se l'atto enumera qualcuno degli accessorii, non bisogna indurne che gli altri non siano compresi nell'ipoteca del fondo. L'argomento *a contrario* non è mai più condannabile come in questa materia, poichè in opposizione tanto colla natura delle cose quanto coi principii (1).

N. 3. — Delle migliorie.

203. L'art. 45 soggiunge che l'ipoteca si estende alle *migliorie* sopravvenute all'immobile ipotecato. Che devesi intendere per migliorie? Esse sono la riproduzione dell'art. 2133 del codice civile. Durante la discussione del progetto di codice, un membro del consiglio di Stato domandò se con questa parola bisognava intendere gli incrementi considerevoli che hanno luogo per l'alluvione o quando un fiume si forma un nuovo letto. Treilhard diede una risposta molto infelice, distinguendo fra l'incremento insensibile prodotto dall'alluvione e l'incremento che costituisce un fondo nuovo e distinto dal primo. Tronchet ristabilì i veri principii. La miglioria è un accessorio. Nel secondo libro del codice è detto quali cose sono accessorie. Tutte s'identificano colla cosa principale, il fondo, e sono, per conseguenza, colpite dai pesi di cui il fondo è gravato (2). Le migliorie sono dunque rette dal principio dell'accessione. Se costituiscono accessorii, sono comprese nell'ipoteca della cosa principale; in caso diverso, non sono soggette all'ipoteca. Tale è il principio. Le applicazioni sono facili malgrado le controversie che si vollero sollevare.

204. Tutti, anche Treilhard, sono d'accordo sulle alluvioni, eppure può darsi che ne risulti un incremento molto conside-

(1) Bruxelles, 20 luglio 1864 (*Pasicrisie*, 1865, 2, 39). Cfr. rigetto, 11 aprile 1833 (DALLOZ, v. *Privilèges*, n. 800); PONT, t. I, p. 400, nn. 374 e 375.

(2) Seduta del 5 ventoso anno XII, n. 12 (LOCRÉ, t. VIII, p. 205). LELIÈVRE si è espresso nello stesso senso: « L'espressione *migliorie* deve essere intesa nel senso più largo e si applica a *tutto ciò che si unisce all'immobile per accessione* » (*Relazione*, in PARENT, p. 130).

revole che formi un fondo nuovo e distinto dal primo. Ma che cosa importa? Non è l'estensione della migliorìa che determina l'estensione dell'ipoteca agli accessorii che la procurano; è la qualità d'accessori che è decisiva. Di poca o di molta importanza, la miglioria segue il principale a titolo d'accessorio (art. 556).

Che dovrà dirsi se un fiume stacca per istantanea forza una parte considerevole o riconoscibile di un fondo contiguo al suo corso e la trasporta verso un altro fondo? È questa ipotesi che Treilhard sembra avere in vista. Tuttavia bisogna decidere, contrariamente al suo avviso, che l'ipoteca colpirà la parte del fondo che l'azione delle acque ha annessa al fondo ipotecato. Se il proprietario ne approfitta, è per effetto dell'accessione. Ora, l'accessorio estendendo il fondo, estende necessariamente l'ipoteca che lo grava.

È lo stesso delle isole, e per la identica ragione. Su questo punto vi ha però controversia. Un autore che noi amiamo seguire, Martou, insegna che l'ipoteca non si estende all'isola perchè l'isola forma un fondo nuovo, perfettamente distinto da quello ipotecato. Ciò non è esatto. Gli è perchè il rivierasco è proprietario del lotto che diviene proprietario dell'isola. L'isola non è dunque un fondo nuovo ch'egli acquista, ma una dipendenza, un'accessione del fondo ipotecato, e, a questo titolo, va compresa nell'immobile al pari dell'alluvione. La maggior parte degli autori si sono pronunciati in questo senso (1).

205. L'art. 563 prevede un caso in cui vi ha dubbio. Un fiume abbandona il suo antico letto, il quale diviene proprietà di coloro i cui fondi sono nuovamente occupati dal fiume. Si domanda se l'antico letto sarà gravato d'ipoteca a vantaggio dei creditori ipotecarii. Qui il testo e lo spirito della legge s'oppongono all'estenisone dell'ipoteca. Il codice civile attribuisce il nuovo letto ai proprietarii i cui fondi sono invasi dal fiume, non a titolo d'accessione, ma a titolo di *indennità*, e l'indennità è un credito personale che la legge accorda per considerazioni equitative. Ora, l'estensione dell'ipoteca a fondi che vengono ad accrescere e migliorare il fondo ipotecato non ha altra ragion d'essere che il principio dell'accessione, il che decide già la nostra controversia. D'altra parte, il letto dell'antico fiume costituisce realmente una proprietà diversa che non era colpita dall'inscrizione primitiva. Occorrerebbe dunque una nuova inscrizione e, per conseguenza, una nuova convenzione, il che ci pone fuori del caso previsto dall'art. 45 (codice civile, art. 2133). La questione però è assai discussa (2).

206. Il principio concernente le *migliorie* si applica anche alle migliorie che procedono da lavori fatti dal proprietario del fondo

---

(1) Pont, t. I, p. 426, e gli autori che cita.

(2) Vedi, in senso diverso, Martou, t. II, p. 337, n. 728, e Pont, t. I, p. 426, n. 406, e gli autori che cita.

ipotecato? A nostro avviso l'affermativa non è dubbia. Se si ammette il principio, bisogna ammettere anche le conseguenze che ne derivano. La parola *migliorie* si applica alle spese utili fatte per aumentare il valore del fondo. È in questo senso che l'art. 102 (codice civile, art. 2175) usa l'espressione, precisamente in un caso in cui i creditori ipotecarii esercitano il loro diritto sulle migliorie procurate al fondo dal terzo detentore. Queste migliorie consistono in lavori di piantagione, di riparazioni, di ricostruzioni e di nuove costruzioni. Non è che su quest'ultimo punto che vi ha dissenso fra gli autori. La controversia, come molte altre, non sarebbe sorta se gli interpreti rimanessero fedeli ai principii e non venissero ad invocare l'equità ove il diritto solo deve decidere. Ora, i principii non lasciano alcun dubbio. Vi ha ombra di differenza fra una costruzione sopra un fondo non fabbricato ed una ricostruzione più o meno estesa della prima? In nome dell'equità, si potrebbe domandare, nell'interesse dei creditori chirografarii, che si attribuisse loro il maggior valore risultante dalle opere, poichè le spese sono pagate sul patrimonio che è il loro pegno, ma i creditori personali sono senza diritto, mentre il diritto è per i creditori ipotecarii. Tutti i lavori, quali essi siano, costituiscono una miglioria e profittano, per conseguenza, ai creditori a titolo d'accessorio. La tradizione è in questo senso, il che toglierebbe ogni dubbio, se ve ne fosse. Loyseau chiama le nuove costruzioni grandi riparazioni (1). Nel linguaggio ordinario ciò non è esatto, ed anche nel linguaggio giuridico si forza il senso della parola chiamando riparazioni opere nuove che migliorano il fondo. 'E meglio stare al principio dell'accessione. La giurisprudenza è in questo senso (2), e così pure la dottrina (3).

Il principio che l'ipoteca si estende alle migliorie suppone che i lavori siano stati fatti dal debitore. Se li ha fatti un terzo detentore, questi ha diritto ad indennità contro i creditori ipotecarii che lo escutono (art. 103, codice civile, art. 2175). Ed anche quando il fondo è stato migliorato dal debitore se il costruttore o l'operaio ha, per questo titolo, un privilegio, il creditore privilegiato prevale ai creditori ipotecarii fino a concorrenza della plusvalenza che risultasse dalle opere. Rimandiamo a quanto dicemmo riguardo al privilegio dell'architetto.

---

(1) LOYSEAU, *Du déguerpissement*, t. VI, cap. VIII, nn. 9 e 10.

(2) Gand, 6 luglio 1841 (*Pasicrisie*, 1843, 2, 96), e le sentenze riportate da DALLOZ, v. *Privilèges*, n. 1350. Aggiungi Grenoble, 28 giugno 1858 (DALLOZ, 1859, 2, 191). Vi ha una sentenza contraria della Corte di Parigi, pronunciata nel caso del privilegio del venditore, caso dal quale è forse stata indotta la Corte. È, infatti, poco equo che il venditore estenda il suo privilegio su valori che non ha messo nel patrimonio dell'acquirente, ma il diritto domina l'equità (Parigi, 6 marzo 1834 DALLOZ, n. 471, 1.°).

(3) Vedi le citazioni in PONT, t. I, p. 429, nn. 409 e 410.

207. Il principio dell'accessione non sarebbe più applicabile se il proprietario dell'immobile ipotecato vi annettesse terreni contigui acquistati per estendere il suo possesso quand'anche si trattasse di un ricinto, e quand'anche il fondo ipotecato se ne trovasse migliorato. Qui è il caso di dire, con Treilhard, che il fondo nuovamente acquistato è un fondo distinto da quello che fu dato in ipoteca. Non si può più invocare l'accessione, perchè un fondo non è l'accessorio dell'altro. Il principio della specialità delle ipoteche si oppone ugualmente a che un fondo non compreso nell'inscrizione sia gravato d'ipoteca senza una inscrizione e, quindi, senza una nuova convenzione. Non insistiamo più a lungo, perchè tutti sono d'accordo (1).

208. Vi è un ultimo caso d'accessione che è difficile considerare come una miglioria. Fu costituita un'ipoteca sulla nuda proprietà. L'usufrutto viene ad estinguersi colla consolidazione, vale a dire colla riunione nella stessa persona delle qualità di proprietario e d'usufruttuario. In questo caso, l'ipoteca colpirà tutta la proprietà? Si ammette l'affermativa, perchè si considera l'usufrutto come accessorio della proprietà. Così è secondo la tradizione. Però vi ha un dubbio, a nostro avviso. L'usufrutto non è un accessorio della nuda proprietà: i due diritti sono perfettamente distinti; entrambi possono essere ipotecati. Colui che ipoteca la nuda proprietà ipoteca una proprietà smembrata, non ipoteca l'usufrutto, che non ha diritto d'alienare. Con qual potere il creditore ipotecario verrebbe a togliere ai creditori chirografarii il valore del godimento che non gli è stato dato in ipoteca? Il diritto d'accessione è fuori di causa. Il godimento è un attributo della piena proprietà, non è un attributo nè un accessorio della nuda proprietà. Ne consegue che il creditore ipotecario non potrà esercitare il suo diritto di preferenza che sulla parte del prezzo che rappresenta il valore della nuda proprietà (2).

Quando fu ipotecato l'usufrutto e la nuda proprietà è acquistata dall'usufruttuario, tutti sono concordi nel dire che l'ipoteca non colpirà la piena proprietà, perchè la nuda proprietà non potrebbe essere considerata come l'accessorio del godimento. In questo caso sorge un'altra difficoltà. L'ipoteca dell'usufrutto non rimane estinta quando l'usufrutto si estingue colla consolidazione? Esamineremo la questione trattando dell'ipoteca concessa sui diritti reali immobiliari.

---

(1) DURANTON, t. XIX, p. 382, n. 259 e tutti gli autori. Cfr. la sentenza di Gand, citata alla nota 2, p. 134.

(2) In senso contrario, DURANTON, t. XIX, p. 386, n. 265, e tutti gli autori.

Art. 2. — Dei diritti reali immobiliari.

209. L'art. 45 distingue due categorie di beni, suscettibili d'ipoteca: « 1.° i beni immobiliari che sono in commercio; 2.° i diritti d'usufrutto, d'enfiteusi e di superficie stabiliti sugli stessi beni per tutta la durata di questi diritti ». Il n. 1 comprende i beni immobili per loro natura, ed implicitamente gli accessorii immobiliari; il n. 2 concerne gli immobili per l'oggetto a cui si riferiscono, secondo la terminologia del codice civile. L'articolo 526 non li menziona tutti. Come diremo, non vi sono che certi diritti reali immobiliari che possono essere ipotecati.

Tale è innanzi tutto l'usufrutto delle cose immobiliari. L'usufrutto può essere venduto a termini dell'art. 595, o ceduto a titolo gratuito. Essendo alienabile, è per ciò stesso suscettibile d'essere ipotecato. La legge dice che il *diritto d'usufrutto* può essere ipotecato, perchè l'usufrutto di un immobile è considerato come un immobile. L'usufruttuario non può ipotecare l'immobile gravato d'usufrutto, perchè l'immobile appartiene al nudo proprietario, e questi solo ha il diritto di ipotecarlo. La costituzione dell'usufrutto ha per effetto di smembrare l'immobile. Il godimento e la nuda proprietà formano due proprietà distinte ciascuna immobiliare, e per conseguenza ciascuna suscettibile d'essere ipotecata. Queste due ipoteche differiscono fra loro. Quella della nuda proprietà è perpetua come la proprietà, mentre l'ipoteca dell'usufrutto è temporanea, come il diritto d'usufrutto (vol. VI, nn. 474 e 475, vol. VII, n. 36).

209 *bis.* L'usufrutto può essere stabilito da convenzione, da testamento o dalla legge. Non vi è alcuna difficoltà per l'usufrutto convenzionale o testamentario. È questo l'usufrutto propriamente detto. Vi è un usufrutto legale, quello che i genitori hanno sui beni dei loro figli minori (art. 579 e 384). Può questo usufrutto essere alienato e ipotecato? Generalmente si ammette la negativa. Vi ha però qualche dubbio, stando al testo. La legge chiama usufrutto il godimento legale dei genitori, e dice in termini generali che l'usufruttuario può alienare o cedere il suo diritto. Questo sembra decisivo. È permesso distinguere ove la legge non distingue? Si risponde che la distinzione risulta dalla natura dell'usufrutto che la legge accorda ai genitori. Questo godimento è strettamente vincolato all'amministrazione dei beni che la legge affida al padre, come un attributo, diciamo meglio, come un obbligo inerente alla patria podestà. Ora, è evidente che il padre non può esonerarsi da un dovere. Se dunque gli si permettesse d'alienare il suo usufrutto e d'ipotecarlo, sarebbe sempre tenuto ad amministrare i beni di cui avrebbe venduto o ipotecato il godimento. E come conciliare quest'obbligo col diritto che ha il cessionario di godere indipendentemente? Inoltre, il

godimento legale del padre è soggetto a certi pesi, fra gli altri il mantenimento, l'istruzione e l'educazione dei figli secondo il loro patrimonio. Questo peso passerebbe al cessionario? Difficilmente si comprende, poichè si tratta di un attributo e di un dovere della patria podestà. Il padre non può cedere un obbligo che gli incombe come tale. E come adempirebbe egli l'onere d'allevare i suoi figli conformemente alla loro sostanza, se ne alienasse i redditi? Vi è un'ultima considerazione che spiega il sistema della legge, come generalmente si interpreta. Il figlio è grandemente interessato a che il padre conservi il godimento, non solo come mezzo di adempiere all'onere dell'educazione, ma anche come garanzia di un buon godimento. Un cessionario godrebbe nel suo interesse personale, troppo sovente in opposizione con quello del figlio, mentre il padre avrà in vista l'interesse del figlio più che il suo (1).

210. Questi motivi hanno certo un gran valore, ma, bisogna confessarlo, essi si indirizzano piuttosto al legislatore che all'interprete. Vi ha una lacuna nel codice: la dottrina l'ha colmata, tenendo conto dello spirito della legge. Essa ha stabilito un'eccezione che non spetta a lei creare. È lo stesso dell'usufrutto che appartiene al marito sui beni della moglie sotto il regime della comunione, sotto il regime d'esclusione della comunione, e sotto il regime dotale. Abbiamo detto altrove che questo godimento ha i caratteri dell'usufrutto. 'E un usufrutto convenzionale più che legale, poichè risulta dalle convenzioni matrimoniali espresse o tacite dei coniugi. Secondo l'opinione generale, il marito non può alienare nè ipotecare il suo godimento. Si danno motivi analoghi a quelli che abbiamo esposti (n. 209). L'usufrutto dei beni della moglie è una dote che la moglie apporta al marito per aiutarlo a sostenere i pesi del matrimonio (articolo 1540). 'E dunque un onere ad un tempo ed un diritto. E come il marito adempierebbe all'onere se aliena i frutti e i redditi che gli sono accordati per adempierlo? Non si può scindere un godimento che, in realtà, è tanto un onere quanto un diritto. Sotto il regime della comunione, ciò è verissimo, perchè l'usufrutto appartiene non al marito, ma alla comunione. Non così dei regimi sotto i quali gli interessi dei coniugi sono separati. Le economie che il marito fa sui redditi della moglie diventano sua proprietà. Ma è sempre vero il dire che, secondo lo spirito della legge, la dote deve essere impiegata pei pesi del matrimonio, e che non si concepisce l'alienazione d'un godimento che è essenzialmente un peso (2). Il legislatore però avrebbe dovuto dichiararlo.

211. Il proprietario può ipotecare l'usufrutto dei beni di cui ha la piena proprietà? Generalmente si ammette che possa farlo.

---

(1) Cfr. Martou, t. II, p. 341, n. 736; Pont, t. I, p. 404, n. 379.
(2) Duranton, t. IV, p. 431, n. 486; Pont, t. I, p. 406, n. 380.

Vi ha però un dubbio. La legge definisce l'usufrutto il diritto di godere delle cose *di cui altri ha la proprietà*. Non si può dunque dire che il proprietario è usufruttuario, poichè non si concepisce usufrutto della cosa propria. *Res sua nemini servit*. Questo è vero secondo la sottigliezza del diritto. Ma non si può dire che il proprietario è libero di staccare dal suo diritto l'uno o l'altro attributo, e che questo diritto di disposizione è assoluto? (art. 544). Se può staccare l'usufrutto alienandolo, perchè non lo potrebbe ipotecandolo? Del proprietario non si può dire che non ha questo diritto perchè la legge non glielo accorda, bisogna dire, al contrario, ch'egli ha il diritto di fare tutto ciò che la legge non gli proibisce (1). Si dirà che il proprietario non può far l'impossibile, e che è impossibile avere una servitù sulla sua propria cosa? Rispondiamo che il proprietario ha il diritto di godere nella maniera più assoluta, che questo diritto può cederlo. E se può cederlo totalmente alienandolo, perchè non potrebbe cederlo parzialmente, ipotecandolo per la durata della sua vita?

212. L'usufrutto è un diritto temporaneo. L'ipoteca che lo grava s'estingue quando l'usufrutto finisce. 'E quello che dice l'art. 45. L'usufrutto non può essere ipotecato che per la sua durata. L'applicazione del principio soffre una difficoltà nel caso in cui l'usufrutto s'estingue per volontà dell'usufruttuario, colla sua rinuncia, per esempio, o colla vendita che facesse dell'usufrutto al nudo proprietario. Si insegna generalmente che l'ipoteca sussiste perchè non può dipendere dal debitore annullare il diritto che egli ha concesso al creditore. L'argomento non è decisivo. Infatti la legge prevede il caso che l'immobile ipotecato perisca per fatto del debitore, e decide che, in questa ipotesi, il creditore ha diritto di reclamare il rimborso del suo credito (art. 79, codice civile, art. 2131). Dopo tutto, quando la cosa ipotecata non esiste più, l'ipoteca non può sussistere. Qui sta il vero nodo della difficoltà. L'usufrutto esiste ancora quando l'usufruttuario rinuncia al suo diritto o l'aliena? Il testo della legge risponde alla domanda. L'art. 617 dispone che l'usufrutto rimane estinto, e quindi la cosa ipotecata non esiste più. Si obbietta che, secondo la nostra opinione, ed è l'opinione generale, il proprietario può concedere un'ipoteca sul suo godimento, e quindi non si può dire che questo godimento non esiste più quando l'usufrutto si riunisce alla nuda proprietà. Ma è un pessimo ragionamento, ci pare. Senza dubbio il proprietario può ipotecare il suo godimento, ma egli non l'ha fatto. 'E un usufruttuario che ha ipotecato il suo usufrutto. Non si può opporre al proprietario una concessione che gli è estranea. Non si può dire che l'usufruttuario ha diritto di gravare di un'ipoteca il godimento del proprietario (2).

---

(1) PONT, t. I, p. 406, n. 381. In senso contrario, MARTOU, t. II, p. 341, n. 735.

(2) Cfr. MARTOU, t. II, p. 340, n. 734. In senso contrario, DURANTON, t. XIX, p. 384, n. 262, e tutti gli autori.

213. I diritti d'uso e d'abitazione hanno grande analogia coll'usufrutto, eppure non possono essere ipotecati. Vi ha un argomento decisivo nel silenzio della legge. L'art. 45 dice che sono *soli* suscettibili d'ipoteca i beni ch'esso enumera, e non parla dell'uso e dell'abitazione. Questi diritti non possono dunque essere ipotecati. La ragione è assai semplice. A termini degli articoli 631 e 634, i diritti d'uso e d'abitazione non possono essere ceduti. Essendo inalienabili, non sono necessariamente suscettibili d'ipoteca.

Accade lo stesso delle servitù. Esse non sono comprese nell'art. 45, e per conseguenza non possono essere ipotecate. In diritto, la cosa si spiega. Le servitù, in quanto costituiscono un diritto, sono una qualità del fondo a vantaggio del quale furono stabilite, e non si può staccare da un fondo una qualità che gli è inerente. A che servirebbe l'ipoteca d'un diritto che non può essere utile se non al proprietario del fondo dominante? È vero che vi sono servitù rustiche che potrebbero essere utili ai vicini del proprietario che le esercita, ma ciò non basta, nel nostro diritto, perchè possano formare oggetto d'una espropriazione. La vendita forzata si fa all'incanto. E come mettere all'incanto un diritto che non può essere acquistato da tutti coloro che adiscono all'asta? (1).

214. I diritti d'enfiteusi e di superficie possono essere ipotecati per tutta la loro durata (art. 45). Vi ha la stessa ragione di decidere che per l'usufrutto, e l'ipoteca ha il medesimo oggetto. Insistiamo su quest'ultimo punto, per quanto sia elementare, L'usufruttuario ipoteca non l'immobile di cui ha il godimento, ma il diritto ch'egli ha di goderne (n. 209). Così pure l'enfiteuta ipoteca non il fondo che tiene in enfiteusi, ma il diritto d'enfiteusi (vol. VIII, n. 374 e 392). Vi ha una sentenza in senso contrario della Corte di Bruxelles (2). L'errore è palese, perchè l'enfiteuta non può ipotecare se non ciò che gli appartiene. Ora, il fondo che egli tiene in enfiteusi non gli appartiene: è il concedente che ne è proprietario e che solo ha il diritto di ipotecarlo (vol. VIII, n. 374). Dicasi altrettanto del superficiario. Quantunque egli faccia le costruzioni a sue spese e ne abbia il quasi dominio, pure non può ipotecarle perchè non è proprietario del suolo, e non si concepisce l'ipoteca d'una costruzione senza l'ipoteca del terreno sul quale essa è eretta (vol. VIII, n. 420 e 427). L'enfiteuta ed il superficiario possono ipotecare i loro diritti, perchè questi diritti sono immobiliari.

215. Ricordiamo questi principii elementari perchè ci aiuteranno a decidere una questione molto controversa, la questione di sapere se il locatario può ipotecare. Un primo punto è certo che, cioè, il conduttore non può ipotecare il suo diritto di locazione perchè è un diritto mobiliare, un credito contro il locatore.

---

(1) Valette, p. 190, n. 128, II: Martou, t. II, p. 343, n. 740.
(2) Bruxelles, 14 maggio 1834 (*Pasicrisie*, 1824, p. 122).

Rimandiamo, su questo punto, a quanto si è detto al titolo della *Locazione*. Diversa è la questione di sapere se il locatario può ipotecare le costruzioni che ha innalzate durante la locazione. La negativa non è dubbia, secondo l'opinione che abbiamo insegnata intorno alle natura del diritto che spetta al locatario sopra le costruzioni che ha fatte. Perchè sorga la difficoltà, bisogna supporre che la locazione dia al conduttore il diritto di costruire e gli attribuisca la proprietà delle costruzioni finchè dura il contratto. Quale è la natura di questo diritto? Noi abbiamo insegnato che è un diritto mobiliare, il che decide la questione (vol. V, n. 415). Ma la nostra opinione è quasi isolata. Dobbiamo dunque fermarci alla conseguenza che ne risulta, per quanto riguarda l'ipoteca. Il locatario non può ipotecare se non le costruzioni che gli appartengono; egli non può ipotecare il suolo, di cui non ha la proprietà. La difficoltà si riduce dunque a questo. Si può ipotecare la superficie senza il suolo? Quanto abbiamo detto del superficiario risponde alla domanda. Egli ha un diritto reale sulla cosa, gli si riconosce un quasi dominio; eppure non può ipotecare le costruzioni che fa. La ragione si è che queste costruzioni non sono immobili. Se la superficie è considerata come immobile per sua natura, è perchè s'incorpora al suolo col quale si confonde. Ciò suppone che il suolo appartenga a colui che ha fatto la costruzione. In questo caso l'incorporazione e l'immobilizzazione si comprendono, mentre non si concepiscono più quando il suolo non appartiene al superficiario. L'ipoteca concessa dal locatario, non potendo colpire che la superficie, sarebbe l'ipoteca d'una cosa mobiliare, perchè la superficie staccata dal suolo è mobile, e nell'ipoteca che il locatario stabilisce sulla superficie, la superficie è necessariamente considerata come indipendente dal suolo, poichè il suolo non gli appartiene (1).

216. La giurisprudenza è contraria, e così pure la dottrina. Abbiamo discusso la questione di principio altrove. Ci resta di constatare la giurisprudenza più recente. Essa è sempre nello stesso senso. La Corte di cassazione invoca l'art 518, secondo il quale le costruzioni sono, come i terreni, immobili per loro natura, e nessuna disposizione della legge fa perdere loro questo carattere e attribuisce loro la qualità di mobili quando sono fatte da chi non è proprietario del suolo (2). Ecco ciò che si può chiamare interpretazione meccanica, la quale non tien conto d'altro che della lettera della legge. Noi professiamo un gran rispetto per il testo e lo predichiamo in ogni occasione a coloro che sono chiamati a interpretare le leggi, ma non separiamo nel tempo stesso la lettera dallo spirito, e cerchiamo sempre la

---

(1) In senso contrario, PONT, t. I, p. 378 e seg., n. 359, e le autorità che cita.

(2) Lione, 18 marzo 1871, e rigetto, 13 febbraio 1872 (DALLOZ, 1871, 2, 191, e 1872, 1, 256). In senso contrario, Bruxelles, 16 novembre 1831 (*Pasicrisie*, 1831, p. 297).

ragione delle cose. Ora, malgrado il testo dell'art. 518, tutti riconoscono che le costruzioni non sono immobili per loro natura, che non lo sono che per effetto dell'incorporazione. Dunque dal momento che le costruzioni non sono più considerate come facenti corpo col fondo, cessano d'essere immobili e riprendono la natura mobiliare dei materiali di cui si compongono. È forse detto nella legge che la vendita d'una casa per essere demolita è una vendita mobiliare? No, il che non toglie che ciò sia ammesso da tutti. Bisogna dunque lasciar da parte il testo e consultare i principii. Ora i principii dicono tutto il contrario di quello che la Corte di cassazione fa dire al testo. Importa molto sapere da chi le costruzioni sono fatte. Se lo sono da un superficiario, non può più essere questione di una incorporazione al suolo, giuridicamente parlando. Senza dubbio, vi ha incorporazione materiale. Il muratore dirà che vi ha un immobile, il giureconsulto, al contrario, dirà che, ove la superficie appartiene ad un locatario, l'ipoteca consentita dal locatario non potrebbe comprendere che la superficie, separata dal suolo, che il locatario non ha il diritto d'ipotecare. Dunque, se il muratore dice che l'ipoteca cade sopra un immobile perchè ogni costruzione è un immobile, il giureconsulto dirà che l'ipoteca costituita sopra una superficie, senza esserlo sul suolo, è stabilita sopra una cosa mobiliare. È quanto dire che la superficie non può essere ipotecata separatamente dal suolo.

La Corte di Parigi si è pronunciata nello stesso senso. Ogni costruzione, essa dice, è necessariamente un immobile. Si tratta soltanto di sapere chi può ipotecarla, se il proprietario o il locatario. Sono i termini della locazione che decidono questa quistione, e, nella specie, il contratto portava che le costruzioni fatte dal locatario rimanevano sua proprietà (1). Quello che pare determini la Corte e, in generale, i giudici del fatto, è l'importanza delle costruzioni che i locatarii fanno in una locazione industriale. Questi valori ch'essi creano non devono dar loro un credito immobiliare? L'equità, senza dubbio, lo esigerebbe, se non si tien conto che degli interessi dei creditori ipotecarii, ma anche la massa chirografaria ha i suoi interessi, e non sono questi ultimi interessi che devono prevalere quando si tratta dei rapporti d'un locatario con terzi? Dopo tutto la questione deve decidersi, non secondo gli interessi che vi sono impegnati, ma secondo i principii di diritto.

Vi ha un'ipotesi nella quale la giurisprudenza è d'accordo colla nostra opinione. La locazione porta che il conduttore è

---

(1) Parigi, 23 febbraio 1872 (Dalloz, 1874, 2, 21). Cfr. Parigi, 30 maggio 1864 (Dalloz, 1866, 2, 174). La questione si è presentata avanti la Corte di cassazione del Belgio. La Corte si è limitata a decidere che, ammettendo che il locatario abbia un diritto immobiliare sulle costruzioni che fa, questo diritto è risolubile e non dà al creditore ipotecario che un diritto risolubile. Rigetto, 5 novembre 1852 (*Pasicrisie*, 1853, 1, 67).

obbligato a fare, nel termine d'un anno, alcune costruzioni determinate dall'atto, e che allo spirare della locazione esse apparterranno al locatore senza indennità. In questo caso, il conduttore non ha che un semplice diritto di godimento tanto sulle costruzioni quanto sul suolo, ed è sottinteso che non può ipotecare beni che non gli appartengono (1).

Nel silenzio della legge sorgono altre difficoltà sulle costruzioni che fa il conduttore. Quali sono i diritti e gli obblighi delle parti contraenti per queste costruzioni? Rimandiamo a quanto si è detto al titolo della *Locazione* (vol. XXV, nn. 175-185).

217. Si presenta una questione analoga per le costruzioni fatte sopra un terreno che dipende dal pubblico demanio, coll'autorizzazione espressa o tacita del Governo. Secondo la nostra opinione, queste costruzioni sono mobiliari, e per conseguenza non possono essere ipotecate (vol. V, n. 418) (2). Qui l'incorporazione è legalmente impossibile, perchè se si facesse, la costruzione farebbe parte del demanio pubblico come il suolo, e quindi non potrebbe essere questione d'ipotecarla. Ma l'incorporazione non può farsi, perchè non spetta a privati creare un demanio pubblico. È una contraddizione in termini. A dire il vero, nella specie non può essere questione di diritto di proprietà, poichè la costruzione è di pura tolleranza, e la tolleranza non crea alcun diritto.

Tuttavia è stato giudicato che il locatario d'un terreno facente parte del demanio comunale, e posto fuori di commercio per la sua pubblica destinazione, poteva ipotecare la costruzione che aveva fatta coll'autorizzazione del municipio. La sentenza della Corte d'Orléans, che adotta i motivi dei primi giudici, è assai debolmente motivata. Non è dare motivi il citare articoli del codice Napoleone, senza dire una parola delle difficoltà di cui il tribunale non pare avere alcun sospetto (3). Simili decisioni non sono fatte per dar credito alla giurisprudenza, esse non forniscono certo alcun appoggio all'opinione che combattiamo.

218. L'ipoteca è pure un diritto immobiliare, secondo l'opinione che abbiamo insegnato, per meglio dire, secondo il testo della nostra legge ipotecaria (n. 174). Nell'antico diritto si ammetteva, conformemente al diritto romano, che l'ipoteca poteva essere ipotecata. Ecco in qual senso. Chi aveva stipulato una simile ipoteca esercitava in subordine i diritti attribuiti al creditore ipotecario che aveva costituito l'ipoteca. Questa collocazione in subordine non è ammessa dalle nostre leggi di procedura, e quindi l'ipoteca dell'ipoteca non ha ragion d'essere. D'altronde il silenzio dell'art. 45 basta per respingerla (4).

---

(1) Rigetto, 9 giugno 1873 (Dalloz, 1874, 1, 410).
(2) In senso contrario, Pont, t. I, p. 371, n. 350.
(3) Orléans, 19 aprile 1866 (Dalloz, 1866, 2, 94).
(4) Pont, t. I, p. 415, n. 394; Valette, p. 206, III questione.

Diversa è la questione di sapere se il creditore ipotecario può cedere il suo diritto di preferenza senza il credito al quale è annesso. La difficoltà si presenta specialmente per l'ipoteca legale della moglie. L'esamineremo più avanti.

219. L'art. 526 pone fra gli immobili, per l'oggetto al quale si riferiscono, anche le azioni immobiliari. Esse non sono comprese nell'enumerazione dell'art. 45 (codice civile, art. 2118), il che basta per decidere la questione di sapere se si può ipotecare un'azione tendente a far mettere un immobile nel patrimonio di colui al quale appartiene. L'ipoteca di un'azione non avrebbe offerto alcuna utilità, perchè sarebbe caduta sopra un diritto che il creditore non potrebbe esercitare che dopo averlo ottenuto colle vie giudiziali, vale a dire sopra un diritto litigioso. Ora, l'ipoteca ha per oggetto di dare al creditore una garanzia certa, cadente sopra un oggetto di cui il debitore è proprietario. Era d'altronde inutile permettere l'ipoteca di un'azione, poichè chi ha un'azione di nullità, di rescissione o di risoluzione concernente un immobile può ipotecare direttamente l'immobile. La validità dell'ipoteca dipenderà dall'esito dell'azione (1). Ritorneremo su questo punto al capo delle *Ipoteche convenzionali.*

220. Le concessioni che il Governo fa d'una ferrovia, di un canale, di un ponte, danno al concessionario il diritto d'ipotecare sia la ferrovia, il canale o il ponte, sia i pedaggi da percepire, sia il diritto in forza del quale essi sono percepiti? La negativa è certa sotto ogni riguardo. Basta che le concessioni non siano comprese nel testo dell'art. 45 perchè non siano suscettibili d'ipoteche (2). In teoria la questione di sapere quale è il valore di queste concessioni è molto dubbia. Sono un diritto di carattere particolare che è impossibile classificare fra i diritti di cui parla il codice civile, perchè, quando fu pubblicato il codice, non si conoscevano le concessioni. Le grandi opere eseguite dai concessionari erano d'ordinario attribuite loro a titolo di proprietà. Quello che prova che i diritti dei concessionarii non sono diritti mobiliari nel senso tradizionale della parola, si è che vi hanno leggi le quali autorizzano ad ipotecare il reddito delle ferrovie concesse. La Corte di Nîmes dice che è un'eccezione alla regola. È difficile parlare d'eccezione in una materia in cui non si sa quale sia la regola. È una lacuna che il solo legislatore può colmare. Rimandiamo a quanto si è detto sulle concessioni, al titolo della *Proprietà* (vol. VI, nn. 29-35).

---

(1) VALETTE, p. 204, 11, e tutti gli autori. Rigetto, 14 aprile 1847 (DALLOZ, 1847, 1, 217).

(2) Nîmes, 2 agosto 1847 (DALLOZ, 1848, 2, 41). Rigetto, sezione civile, 20 febbraio 1865 (DALLOZ, 1865, 1, 308).

§ IV. — *Effetto dell'ipoteca sui diritti del proprietario.*

N. 1. — Principio.

221. Abbiamo detto che l'ipoteca è uno smembramento della proprietà (n. 174). Quello che caratterizza il diritto di proprietà è di essere assoluto. Il proprietario ha il diritto di disporre e di godere della sua cosa nella maniera più illimitata, purchè non ne faccia un uso vietato dalla legge (art. 544). Bisogna aggiungere, purchè non leda i diritti dei terzi. Questo diritto assoluto è ristretto dalla concessione di un'ipoteca. Il proprietario destina l'immobile al soddisfacimento d'una obbligazione, e quindi non può far nulla che diminuisca questa garanzia. Fra il debitore e il creditore, la cosa è evidente, perchè così vuole il diritto comune (art. 79, codice civile, art. 2131). Ma la garanzia ipotecaria è, per sua essenza, una garanzia reale. Sarebbe illusoria se il creditore non avesse il diritto di evizione, sarebbe illusoria ancora se la proprietà fosse limitata soltanto a riguardo del debitore. Per ciò stesso che l'ipoteca dà il diritto di evizione, il creditore deve avere contro il terzo detentore il diritto che ha contro il debitore. Il terzo detentore non possiede che una proprietà smembrata, il suo diritto è limitato da quello del creditore ipotecario, e quindi non può far nulla che alteri questo diritto. 'E quello che dice il codice, al capo che tratta del diritto di evizione (art. 2175, legge ip., art. 103). Così lo smembramento della proprietà risultante dall'ipoteca ha un carattere assoluto: esso esiste a riguardo di tutti, il che è quanto dire che costituisce un diritto reale immobiliare a vantaggio del creditore ipotecario.

222. Vi sono dunque atti di disposizione, di godimento e di amministrazione che un proprietario può fare e che il proprietario dell'immobile ipotecato non può fare, per ciò solo che nuocerebbe al creditore ipotecario. Questa limitazione del diritto di proprietà è strettamente connessa con un'altra questione, la questione di sapere che cosa diviene l'ipoteca cadente sopra oggetti mobiliari immobilizzati, quando il debitore li mobilizza per fatto suo. Il creditore ipotecario conserva il suo diritto sugli oggetti che cessano d'essere immobili? Ha egli, per questo titolo, un diritto contro il debitore? Può agire contro il terzo acquirente? Queste quistioni non sono senza difficoltà. Le esamineremo trattando delle restrizioni al diritto di proprietà che risultano dall'ipoteca, in favore dei creditori ipotecarii.

N. 2. — Degli atti di disposizione.

223. Il diritto di disporre è l'attributo essenziale della proprietà. Per esso s'intende il diritto d'alienare. Il proprietario dell'immobile ipotecato conserva la facoltà di venderlo? Per

principio, sì, poichè l'alienazione non reca alcun danno al creditore ipotecario. Egli è armato dell'evizione, che gli conferisce contro i terzi lo stesso diritto che ha contro il debitore. Però può darsi che il diritto del creditore sia leso dall'effetto dell'alienazione. Abbiamo esaminate le difficoltà che la questione presenta, trattando della decadenza del termine (vol. XVIII. nn. 206 a 208).

224. La facoltà di disporre nella maniera più assoluta, che la legge riconosce al proprietario, implica ancora un altro diritto, quello di modificare la cosa, di distruggerla anche. 'E il così detto diritto d'*abusare* che l'usufruttuario non ha, in opposizione al proprietario (art. 578). Ogni fatto abusivo distrugge o diminuisce la garanzia che l'ipoteca è destinata ad offrire al creditore, poichè il valore della cosa sarà d'altrettanto diminuito, ed è questo valore appunto che costituisce la garanzia che il creditore ipotecario trova nell'ipoteca (legge ip., art. 79, codice civile, art. 2131).

Abusando, il debitore fa ciò che eccede il suo diritto. Per ciò stesso il creditore ipotecario deve avere facoltà di opporvisi, ricorrendo all'autorità giudiziaria perchè l'autorità giudiziaria ha per missione di prestare man forte a coloro i cui diritti vengono violati, mantenendo questi diritti contro le eventuali lesioni. La legge dà al creditore il diritto di reclamare il rimborso del suo credito, se gli immobili ipotecati sono periti o hanno subito deterioramenti per fatto del debitore. Ritorneremo su questo punto, spiegando l'art. 79 (codice civile, art. 2131) Ma il creditore non è obbligato a chiedere la risoluzione del contratto; egli può anche esigerne l'esecuzione e, per conseguenza, opporsi a che il debitore deteriori i beni ipotecati. Questo diritto non potrebbe essere contestato (1). Fin dove si estende l'esercizio di questo diritto?

225. Se il proprietario demolisce egli stesso l'edificio ipotecato, il creditore ipotecario ha azione contro di lui, perchè gli sia vietato di continuare la demolizione e per far rimettere a posto i materiali già staccati dall'edificio. Finchè la questione si limita fra il debitore e il creditore, non vi ha alcuna difficoltà poichè si tratta dell'esecuzione d'un contratto (2). Se pure l'immobile ipotecato fosse posseduto da un terzo detentore, il creditore avrebbe ancora azione contro di lui, poichè il diritto del terzo detentore è limitato, come lo è quello del debitore (art. 103, codice civile, art. 2175). La questione non diviene dubbia che quando il debitore ha alienato i materiali provenienti dalla demolizione, o quando ha venduto la casa per essere demolita. Nella prima ipotesi, si applica il diritto comune. Il terzo possessore di buona fede è al coperto da ogni azione di rivendi-

---

(1) VALETTE, p. 223 e seg.; AUBRY e RAU, t. III, p. 427 e seg., § 286.
(2) Cfr. rigetto, 9 agosto 1825 (DALLOZ, v. *Biens*, n. 53).

cazione come da ogni altra azione reale. Egli può respingere il creditore coll'eccezione dell'art. 46 (codice civile, art. 2119), cioè che i mobili non sono soggetti ad evizione ipotecaria, e non si può parlare di rivendica poichè il creditore ipotecario non è proprietario (1). Ma se il terzo possessore fosse di mala fede, vale a dire se avesse acquistato scientemente oggetti mobiliari provenienti da un edificio ipotecato, il creditore avrebbe un'azione contro di lui? Azione ipotecaria, no, poichè le cose mobili staccate dal fondo cessano d'essere immobili, e non può esservi azione ipotecaria sopra oggetti mobiliari. Il creditore non ha nemmeno azione personale nascente dal contratto, poichè non vi è alcun vincolo d'obbligazione fra lui e il terzo acquirente. Non resterebbe che l'azione nascente da delitto, supposto che il fatto dannoso presentasse i caratteri di un delitto civile.

226. Se il debitore ha venduto la cosa per essere demolita, la difficoltà si complica. Un primo punto ci pare certo, cioè che il creditore ipotecario può opporsi alla demolizione, senza che il terzo compratore abbia diritto d'invocare il suo contratto. 'E vero che la vendita di un edificio a scopo di demolizione è una vendita mobiliare, ma ciò sta solo fra le parti contraenti, perchè la mobilizzazione risulta da un contratto e le convenzioni non possono essere opposte ai terzi. Dunque, finchè l'edificio sussiste, resta colpito dall'ipoteca, e per conseguenza il creditore può agire in forza del suo diritto ipotecario. Poichè la demolizione lede il suo diritto, egli può esercitare tutti gli atti conservativi (vol. V, n. 432).

Se la demolizione ha luogo senza che il creditore vi si sia opposto quale sarà il suo diritto? Egli non può esercitare il suo diritto ipotecario contro il terzo possessore, perchè non ha più ragione di sorta sugli immobili divenuti mobili, la sua ipoteca per questo titolo essendo estinta, e non può avere l'azione di rivendicazione, perchè non è proprietario. Si può soltanto domandare se abbia un'azione sul prezzo, supponendo che questo rimanga dovuto. Per principio, bisogna rispondere negativamente. Gli effetti mobiliari separati dal suolo cessano d'essere immobili, e quindi non sono più colpiti dall'ipoteca. Come mai il creditore, non avendo azione ipotecaria, agirebbe sul prezzo di una cosa sulla quale non ha alcun diritto? (2). Ma l'art. 45 non deroga forse a questi principii? La legge ipotecaria accorda al creditore un'azione sul prezzo dei tagli di boschi che il debitore fa in buona fede, secondo l'uso dei luoghi. Non si deve conchiuderne che il creditore ne abbia, a maggior ragione, quando il debitore agisce senza diritto come nel nostro

(1) Valette. p. 225, 5. Rigetto, 9 agosto 1825 (Dalloz, v. *Biens*, n. 53).
(2) Valette, p. 220, 2.° In senso contrario, rigetto, 4 febbraio 1817 (Dalloz, v. *Privilèges*, n. 1501).

caso? Esamineremo la questione trattando degli atti di godimento che può fare il proprietario dell'immobile ipotecato (n. 230).

N. 3. — **Degli atti di godimento.**

227. Il proprietario che ipoteca un immobile conserva il diritto di goderne. Questo godimento non compromette, in generale, il diritto del creditore ipotecario, e il debitore può fare ciò che non nuoce al creditore. Ma il suo diritto di godimento non è più assoluto come quello del proprietario il cui dominio non è smembrato (art. 544): esso è limitato dal diritto del creditore ipotecario, di modo che quantunque proprietario, il debitore non può più fare un atto di godimento che nuoca al creditore. Ne consegue che il creditore non può più abusare. Abusare non è godere, ma disporre, e il debitore non può disporre della cosa in danno del creditore. Non si può nemmeno porre per principio ch'egli conserva il diritto di godere da buon padre di famiglia, perchè vi sono atti di buon godimento che possono diminuire il valore della cosa ipotecata; il che, dal punto di vista del creditore, sarebbe un deterioramento della cosa. Ora, il debitore non può, per fatto suo, diminuire le garanzie del creditore (art. 79, codice civile, art. 2131). Tale sarebbe il dissodamento d'un bosco. La superficie boschiva è di valore rilevante; essa faceva parte dell'ipoteca stipulata dal creditore. Si viene dunque a deteriorare la cosa convertendo un bosco in una terra coltiva, quantunque, dal punto di vista del proprietario, possa costituire un atto di buona amministrazione.

Quali saranno, in questo caso, i diritti dei creditori ipotecarii? Bisogna applicare, per analogia, quanto abbiamo detto della demolizione dell'edificio ipotecato. Il debitore fa, nell'uno e nell'altro caso, ciò che non ha diritto di fare. Dunque il creditore può opporvisi, e vi ha il massimo interesse, perchè se il dissodamento si effettua, il creditore non avrà alcuna azione contro i terzi compratori. Anche qui si applica quanto abbiamo detto della demolizione d'una costruzione e della vendita dei materiali. Dal momento che gli alberi sono staccati dal suolo, cessano di essere immobili, per cui l'ipoteca s'estingue. E il creditore non ha contro i terzi nè azione di rivendicazione nè diritto di evizione, perchè egli non è mai stato proprietario, e la sua ipoteca non si esercita sopra oggetti mobiliari. Egli non potrebbe avere contro i terzi che l'azione nascente da un delitto. Contro il debitore avrebbe l'azione di rimborso del credito in forza dell'art. 79 (codice civile, art. 2131).

228. Vi sono atti di godimento che il debitore ha diritto di fare. I frutti sono destinati ad essere raccolti. Ipotecando l'immobile, il debitore non vuole interdirsi la facoltà di godere

dei frutti. D'ordinario questo godimento non reca alcun danno al creditore. S'egli agisce contro il debitore quando i frutti non sono ancora raccolti o separati dal suolo, profitterà dei frutti poichè essi fanno parte dell'immobile ipotecato, ed il sequestro li immobilizza. La legge del 15 agosto 1854 sulla espropriazione forzata provvede agli interessi dei creditori. Essa dispone che i creditori possono procedere alla vendita dei frutti non per anco staccati dal suolo. Il prezzo viene depositato alla cassa dei depositi per essere distribuito col prezzo degli immobili nel giudizio di graduazione. Quanto ai frutti raccolti dal sequestrato posteriormente al sequestro, essi sono immobilizzati, come il prezzo che ne proverrà, per essere distribuiti nell'ordine ipotecario col prezzo degli immobili (art. 22 e 23).

229. Finchè i creditori non sequestrano gli immobili ipotecati, il debitore percepisce i frutti, e, una volta staccati dal suolo, i creditori non vi hanno più alcun diritto, poichè i frutti sono divenuti mobili. I creditori non hanno alcuna azione nè contro il proprietario, che ha fatto ciò che aveva il diritto di fare, nè contro i terzi compratori, perchè il loro diritto ipotecario è estinto. Che dovrà dirsi se il proprietario vende i frutti in pianta? L'art. 45 prevede il caso che il proprietario venda un taglio di boschi. Esso decide che « il creditore ipotecario sarà tenuto a rispettare le vendite di tagli *ordinarii* di *basso fusto* fatte in buona fede, secondo l'*uso dei luoghi*, salvo ad esercitare il suo diritto sul *prezzo non pagato* ». Perchè i creditori siano tenuti a rispettare i tagli fatti dal debitore, bisogna innanzi tutto che si tratti di tagli *ordinarii*. Questi tagli costituiscono un atto di godimento, e il proprietario ha il diritto di godere dei frutti. Senza dubbio se non facesse tagli, la superficie boschiva aumenterebbe di valore; ma egli non s'è obbligato ad accrescere il valore del fondo ipotecato; egli è tenuto soltanto a non deteriorarlo. Si avrebbe un deterioramento se, invece d'un taglio ordinario, il debitore facesse un taglio straordinario, perchè questo non rappresenta più i frutti dell'immobile, ma è una parte del fondo. Bisogna dunque applicare ai tagli straordinari quanto abbiamo detto degli atti abusivi (n. 227) (1). La legge vuole poi che il taglio sia fatto in *buona fede*. La mala fede o il dolo danno al creditore l'azione pauliana. 'E questo il diritto comune. Il debitore non può mai frodare i suoi creditori, anche quando fa ciò che, come proprietario, ha il diritto di fare. Se la vendita non è consumata col taglio degli alberi, i creditori la faranno annullare. Quando gli alberi sono tagliati, essi hanno azione sul prezzo dovuto. Se il prezzo è soddisfatto, possono agire contro il debitore pel rimborso del credito, e contro il terzo, complice della frode in forza dell'art. 1382. Bisogna che vi sia frode da parte dei terzi perchè i creditori possano chiedere la nullità. Se i terzi

(1) Parigi, 26 agosto 1809 (Dalloz, v. *Privilèges*, n. 798).

sono in buona fede, i creditori non hanno azione che in forza dell'art. 79 (codice civile, art. 2131).

L'art. 45 suppone una vendita di tagli di *basso fusto*, e vuole che sia fatta secondo l'uso dei luoghi. Devesi distinguere fra il basso e l'alto fusto? Questa distinzione determina i diritti dell'usufruttuario, e sotto l'impero del codice civile s'applicava anche al proprietario dell'immobile ipotecato, nel senso che l'alto fusto non è un frutto, ma una parte del fondo, per modo che una vendita di tagli d'alto fusto non è un atto di godimento, ma un atto di disposizione, e siccome diminuisce il valore del fondo, costituisce, a riguardo del creditore ipotecario, un atto abusivo o di deterioramento (1). L'art. 45 consacra implicitamente questi principii, perchè, determinando quali sono i tagli di boschi che i creditori devono rispettare, decide ch'essi non sono tenuti a rispettare gli altri. Dire che non possono impugnare la vendita di boschi di basso fusto è come permettere loro d'impugnare quelle di tagli di alto fusto. Si obbietterà che in tal modo si argomenta dal silenzio della legge? Rispondiamo che la distinzione risultante dal silenzio della legge è in armonia coi principii e colla tradizione; il che è decisivo La legge aggiunge un'altra restrizione per quanto riguarda le vendite di tagli di basso fusto. Bisogna che siano fatte secondo l'*uso dei luoghi* perchè i creditori abbiano l'obbligo di rispettarle. In materia di usufrutto, la legge ha riguardo alla pratica e all'uso costante dei proprietari (art. 590). Queste regole non sono applicabili al debitore, il quale non è un semplice usufruttuario, ma un proprietario. Egli può dunque trarre dal suo fondo il godimento che ne ritraggono generalmente i proprietarii. Entro questi limiti, egli usa del suo diritto, e, per conseguenza, i creditori devono rispettare ciò ch'egli fa. Per questo motivo la legge vuole che il proprietario si conformi all'uso dei luoghi.

230. Anche quando il proprietario ha fatto una vendita in queste condizioni, i creditori possono esercitare il loro diritto sul prezzo non soddisfatto. Questa disposizione si spiega difficilmente. Quando i creditori ipotecarii hanno un diritto sul prezzo, la ragione si è che il prezzo tien luogo della cosa ipotecata a loro profitto. 'E una surrogazione reale. Ma, nella specie, i creditori non avevano diritto sui tagli, poichè il debitore li ha fatti nei limiti del suo diritto. La legge obbliga i creditori a rispettare la vendita, il che è quanto dire che i creditori non avevano alcun diritto sui tagli venduti, e quindi non possono aver diritto sul prezzo. La surrogazione reale che la legge stabilisce in favore dei creditori ipotecarii offende i diritti dei creditori chirografarii. Il prezzo è cosa mobile, e dovrebbe per conseguenza profittare a coloro che hanno per pegno i mobili del debitore. Non si può spiegare questa deroga ai principii se non suppo-

(1) PONT, t. I, p. 381, n. 364, e le autorità che cita.

nendo che l'azione ipotecaria sia intentata al momento in cui gli alberi non sono ancora tagliati. In questa ipotesi si comprende che la vendita sia mantenuta poichè il debitore aveva diritto di farlo, ma i creditori ipotecari profittano tuttavia del prezzo giacchè gli alberi venduti fanno ancora corpo col suolo. Senonchè la legge va oltre: essa è concepita in termini generali e s'applica, per conseguenza, al caso in cui il taglio è già fatto. Non vi ha più ragione, in questo caso, per togliere ai creditori chirografarii un credito che è divenuto il loro pegno.

Essendo la disposizione concernente il diritto al prezzo eccezionale, si deve conchiuderne che non si può estenderla per via analogica? A rigore, sì, ma ne risulterebbero anomalie stridenti. Così bisognerebbe dire che l'art. 45 non sarebbe applicabile alla vendita d'un raccolto non separato dal suolo, benchè l'ipotesi sia identica a quella prevista dalla legge, poichè i raccolti e i tagli di boschi sono frutti, e tutti i frutti sono retti dagli stessi principii. Se si applica l'art. 45 ai frutti, bisogna andare più in là ed estenderlo a tutti i casi in cui il proprietario mobilizza oggetti immobiliari vendendoli. Non vi è nemmeno a distinguere, se il debitore ha agito nel limite del suo diritto, o se ha abusato, perchè se i creditori ipotecarii possono esercitare la loro azione sul prezzo quando il debitore fa un atto che aveva diritto di fare, a maggior ragione devono essere ammessi a reclamare il prezzo quando la cosa venduta formava parte dell'immobile ipotecato e non è stata staccata per un abuso di godimento. Il debitore vende una casa ipotecata per essere demolita, o vende oggetti mobiliari immobilizzati per destinazione. In questo caso egli viola il diritto del creditore ipotecario. 'E naturale che la legge surroghi il prezzo alla cosa che era ipotecata. Bisogna dunque considerare la disposizione dell'art. 45 come una regola applicabile a tutti i casi in cui il debitore, mobilizzando, con o senza diritto, una parte della cosa ipotecata, ne ha diminuito il valore. Il prezzo che resta dovuto al momento in cui i creditori agiscono sarà surrogato alla cosa. 'E difficile giustificare questa dottrina dal punto di vista dei principii, perchè le eccezioni non si estendono, e anche la surrogazione reale è di stretta interpretazione. Ma la legge prevale ai principii. Ora, non pare che l'art. 45 consideri il diritto al prezzo come un favore eccezionale: è piuttosto una regola che una eccezione, e bisogna, per conseguenza, applicarla a tutti i casi che possono presentarsi. La relazione della commissione speciale è concepita in questo senso (1).

231. Gli stessi principii sono applicabili ai frutti. Fu sempre ammesso che i frutti non sono colpiti dall'ipoteca che fino a quando sono attaccati al suolo. La legge di messidoro anno III aveva in proposito una disposizione formale. Essa diceva che

---

(1) Relazione della commissione speciale (PARENT, p. 37 e seg.).

l'ipoteca cadeva sulla proprietà dei beni territoriali, insieme ai frutti *non raccolti* ed ai boschi non tagliati. I frutti e gli alberi staccati dal suolo diventano mobili, e, per conseguenza, sfuggono all'azione dei creditori ipotecarii. Bisogna andare più in là, ed è anche quello che fu sempre insegnato. I frutti diventano mobili non solo quando sono separati dal suolo, ma anche quando il proprietario li vende. Questa vendita basta per sottrarre i frutti all'azione dei creditori ipotecarii, perchè essi devono rispettare tutti gli atti di godimento che il debitore ha diritto di compiere. La dottrina e la giurisprudenza sono in questo senso (1), e la legge ipotecaria ha consacrato l'opinione tradizionale applicandola ai tagli di boschi. Non vi ha che una differenza, la quale risulta dalla natura delle cose, cioè che tutti i frutti sono destinati ad essere raccolti dal possessore. Dunque il proprietario vi ha diritto senza distinzione alcuna, sia che li raccolga egli stesso, sia che li venda. La distinzione dei boschi di basso o alto fusto è estranea agli altri frutti. I creditori non acquistano alcun diritto sui frutti che quando sequestrano l'immobile. L'articolo 23 della legge del 15 agosto 1854 dispone: « I frutti naturali e industriali raccolti dal debitore sequestrato, posteriormente al sequestro, o il prezzo che ne proverrà, saranno immobilizzati per essere distribuiti col prezzo dell'immobile ». E, a termini dell'art. 22, i creditori possono farsi autorizzare a vendere all'incanto i frutti non per anco separati dal suolo. Il loro prezzo viene depositato alla cassa dei depositi, per essere distribuito, col prezzo degli immobili, nell'ordine ipotecario.

232. Devonsi applicare agli immobili per destinazione i principii che reggono i frutti ed i tagli di boschi? Vi ha una differenza che risulta dalla natura delle cose. Gli effetti mobiliari che il proprietario immobilizza per destinazione diventano dipendenze dell'immobile. Sono compresi nell'ipoteca del fondo se vi si trovavano attaccati al momento in cui l'ipoteca è sorta, e questa vi si estende se il proprietario ve li ha annessi posteriormente. I mobili immobilizzati non sono destinati ad essere venduti. Quando dunque il debitore li distacca dal fondo, diminuisce il valore dell'immobile ipotecato. Ne ha egli il diritto? 'E difficile dare una risposta assoluta, poichè il diritto del proprietario dell'immobile ipotecato si determina mercè la conseguenza che risulta dall'esercizio del diritto. Se nuoce ai creditori ipotecarii, l'atto è nullo a loro riguardo, mentre è valido se non reca loro alcun danno. La questione è dunque più di fatto che di diritto. Se il proprietario d'una fabbrica ne stacca una macchina per sostituirla con un'altra, egli fa certamente ciò che ha diritto di fare, e non reca alcun danno ai creditori ipotecarii. Si suppone naturalmente ch'egli abbia agito in buona fede e come un diligente padre di famiglia. Se agisce in mala fede

(1) PONT, t. I, p. 379, nn. 362 e 363, e le sentenze che cita.

e lede i creditori, è senza diritto: egli deteriora, e gli si applicano i principii che reggono il godimento abusivo (nn. 227 e 230).

Vi ha una sentenza della Corte di Liegi in questo senso. Un industriale vende una macchina del valore di lire tremilacinquecento. Il creditore ipotecario cita il compratore. Fu giudicato che questi era in mala fede, perchè sapeva che la macchina era soggetta all'ipoteca che gravava l'immobile cui la medesima era annessa. Per conseguenza, la Corte ha condannato il terzo acquirente a pagare il valore della macchina al creditore ipotecario, dichiarando il debitore decaduto dal beneficio del termine per avere, col fatto proprio, diminuite le garanzie convenzionali che aveva accordato al creditore. La decisione, per quanto riguarda il terzo compratore, non è motivata. La sentenza si limita a constatare la mala fede (1). 'E l'applicazione dei principii che abbiam posti. Il creditore ipotecario non ha nè rivendicazione, nè diritto di evizione perchè egli non è proprietario, e la sua ipoteca sulla macchina s'estingue quando questa cessa di essere immobile per destinazione. La sola azione ch'egli possa avere contro il terzo compratore deriva dal delitto di costui. Per ciò la Corte si limita a constatare la mala fede. Soltanto avrebbe dovuto aggiungere in forza di quale azione il creditore può reclamare dal compratore il valore della macchina.

233. Se, in questa ipotesi, le macchine vendute non sono ancora staccate dal fondo, chi vincerà nel conflitto fra il creditore ipotecario e il compratore? Bisogna applicare il principio che la vendita non può essere opposta al creditore (n. 226). Invano il compratore direbbe che la vendita sola mobilizza gli immobili per destinazione. Ciò è vero fra le parti, ma non a riguardo del creditore ipotecario che ha un diritto reale sulla cosa, diritto che conserva finchè la cosa è annessa al fondo. Ora, la vendita non la distacca dal fondo, la mobilizza soltanto fra le parti, e la convenzione che vincola le parti è estranea ai terzi creditori ipotecarii. Non vi è nemmeno a distinguere se il terzo compratore sia in buona o in mala fede, perchè la sua buona fede non è presa in considerazione che quando egli è posto in possesso della cosa (n. 226). Si deve andare più in là e decidere che il creditore ipotecario può fare tutti gli atti conservativi del suo diritto, opporsi, per conseguenza, a che la macchina venduta sia distaccata dalla fabbrica, ed anche sequestrarla nelle mani del venditore per farla riporre nell'officina. Non bisogna perdere di vista che il creditore ha un diritto sulla cosa che il debitore, con un atto illegittimo, vuol togliergli. L'autorità giudiziazia deve il suo appoggio a chi ha un diritto contro chi viola questo diritto. Soltanto l'autorità giudiziaria non ha il potere di far tutto. Qui vi ha un dubbio. Il creditore ipotecario non potrebbe

(1) Liegi, 13 aprile 1864 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 388).

sequestrare la macchina nelle mani del terzo compratore. Perchè gli si permette di sequestrarla presso il venditore? Perchè il terzo non può invocare il possesso. Le cose sono ancora integre, nel senso che possono essere ristabilite nel pristino stato, e tale è lo stretto diritto del creditore (1).

234. L'applicazione di questi principii dà luogo ad una difficoltà. Supponiamo che il proprietario di un'officina il quale, al momento della costituzione dell'ipoteca, esercitava egli stesso il fondo, lo affitti e venda al conduttore gli oggetti mobiliari immobilizzati per destinazione industriale. Il conduttore divenuto proprietario del materiale d'esercizio può opporre il suo diritto di proprietà ai creditori ipotecarii? A nostro avviso, no. Gli utensili annessi all'officina non ne sono stati staccati, a riguardo dei terzi, colla vendita fatta al conduttore, perchè essa non ha effetto che fra le parti (2). Si obbietta, e questo è il motivo di dubitare, che il conduttore è possessore del materiale che serve ad esercitare l'officina. Rispondiamo che, se è possessore, lo è unicamente in forza della vendita che gli fu consentita: gli utensili non sono stati trasportati, il materiale non ha mai cessato di essere impiegato nell'andamento dell'officina. Se da immobile per destinazione è diventato mobile colla vendita, è unicamente in forza d'una convenzione che non vincola i terzi. Nella specie, il possesso partecipa del carattere convenzionale della proprietà. A riguardo del venditore, il compratore possiede; non possiede a riguardo dei creditori, e quindi questi conservano il loro diritto. Si sacrifica così, si dice, il compratore ai creditori ipotecarii. È vero, i principii lo vogliono, e l'equità non è contraria, perchè il diritto dei creditori ipotecarii era anteriore e pubblico. Se lo perdessero con una vendita che ignorano, sarebbero spogliati senza aver potuto tutelare i loro interessi (3).

Accadrebbe altrimenti se il materiale fosse stato venduto a un terzo e consegnato al compratore (4) I creditori ipotecari possono opporsi al trasporto (n. 227). Se non l'hanno fatto, non hanno azione contro il terzo acquirente. Vi è una sentenza contraria della Corte di Parigi. La Corte ha attribuito un'azione al creditore ipotecario contro il compratore, il che suppone che il diritto d'ipoteca sussista sugli immobili mobilizzati. Ora, la natura delle cose e la legge non permettono che vi sia un diritto immobilare su mobili. È inutile insistere su questo punto, rinnovando la critica di Valette (5). Quello che ha ingannato la Corte si è che pare contrario ad ogni giustizia che il debitore possa privare il creditore del diritto che gli appartiene sui mo-

---

(1) Cfr. PONT, t. I, p. 439, n. 419, e le autorità che cita.

(2) AUBRY e RAU, t. III, p. 428 e seg., e nota 11, § 286.

(3) Cfr. Parigi, 3 aprile 1875 (DALLOZ, 1876, 2, 239), e rigetto, 20 dicembre 1875 (DALLOZ, 1876, 1, 343).

(4) AUBRY e RAU, t. III, p. 429, e nota 12, § 286.

(5) VALETTE, p. 225, 6.º, seguito da PONT, t. I, p. 401, n. 376.

bili immobilizzati. Senza dubbio il creditore non può essere spogliato d'una garanzia sotto la cui condizione ha trattato. Ma resta a sapere contro chi abbia azione. Non ne ha alcuna contro il terzo possessore, poichè il suo diritto ipotecario è estinto. Il terzo possessore non potrebbe essere azionato che per un delitto (n. 226). La sola azione che spetta al creditore ipotecario è quella che gli accorda l'art. 79 (codice civile, art. 2131) pel rimborso del suo credito. Questa garanzia può essere insufficiente, ma ciò non è una buona ragione per accordare al creditore contro il terzo acquirente un'azione alla quale tutti i principii s'oppongono.

Se fosse ancora dovuto il prezzo, il creditore avrebbe un'azione per questo titolo? Secondo i principii del codice civile, no. Giusta la nostra opinione, l'art. 45 sarebbe applicabile alla vendita degli immobili per destinazione (n. 230). Si può invocare in favore del creditore un argomento *a fortiori*. S'egli ha diritto al prezzo quando si tratta di una vendita di frutti, vale a dire di oggetti immobiliari destinati ad essere mobilizzati, a maggior ragione deve avere questo diritto quando si tratta di oggetti mobiliari che sono stati immobilizzati coll'intenzione che tali rimanessero stabilmente. In quest'ultimo caso, si può dire che la garanzia ipotecaria del creditore è diminuita per fatto del debitore ed è quindi giusto che la legge venga in di lui soccorso. L'interesse del terzo acquirente non è in causa, perchè poco a lui importa pagare il prezzo al creditore ipotecario o al venditore. Il conflitto esiste dunque fra il creditore ipotecario e i creditori chirografari, e su questo conflitto la preferenza è dovuta al primo perchè egli aveva un diritto reale sugli oggetti immobilizzati. Per ciò stesso i creditori chirografarii non hanno potuto calcolare sul valore dei mobili immobilizzati, e quindi non sono lesi se si attribuisce al creditore ipotecario il valore di una parte del suo pegno. Il diritto sul prezzo non fa che rea lizzare la garanzia ipotecaria per la parte dell'immobile che venne mobilizzata.

N. 4. — Degli atti d'amministrazione (1).

235. Il proprietario dell'immobile ipotecato può darlo in locazione? La quistione, molto controversa sotto l'impero del codice civile, è decisa dall'art. 45 in questi termini: « Le locazioni contratte in buona fede dopo la costituzione dell'ipoteca saranno pur rispettate. Tuttavia, se son fatte per un termine eccedente i nove anni, la loro durata sarà ridotta conformemente all'articolo 1429 ». Ne consegue che gli atti d'amministrazione sono retti dallo stesso principio degli atti di godimento (n. 227). Il

(1) Aubry e Rau, t. III, p. 429, e le sentenze che citano, nota 13, § 286.

proprietario conserva il diritto d'amministare come conserva quello di godere, ma l'amministrazione, al pari del godimento, potrebbe essere nociva ai creditori ipotecarii, e quando un atto qualunque reca danno al creditore, il debitore non ha diritto di farlo. Rimane a precisare in quali casi gli atti d'amministrazione concernenti l'immobile ipotecato, vale a dire le locazioni, siano dannose ai creditori.

236. La legge non risponde alla questione che per quanto riguarda la durata delle locazioni, e decide che il debitore non può fare che locazioni di nove anni. 'E questa la durata ordinaria delle locazioni d'immobili, e la legge vuole che i creditori rispettino gli atti d'ordinaria amministrazione che devono attendersi e ai quali anzi hanno interesse, perchè giova loro che il fondo ipotecato sia locato ad un conduttore diligente e capace. Ciò costituisce per essi una garanzia di conservazione. L'art. 45 aggiunge però una condizione, cioè che la locazione sia fatta in buona fede. Una locazione, anche solo della durata di nove anni, potrebbe essere consentita in frode dei creditori, alla vigilia, per esempio, dell'azione ch'essi vogliono intentare. Ogni locazione, in questo caso, sarebbe loro dannosa, poichè intralcerebbe la vendita, rendendola meno vantaggiosa, e quando un atto è fatto in frode dei creditori, questi possono impugnarlo. Ma non possono agire che coll'azione pauliana, il che implica che il conduttore deve essere complice della frode.

Il proprietario non può fare una locazione eccedente i nove anni. Ne abbiamo detto la ragione. Una locazione lunga non è un atto d'ordinaria amministrazione. I creditori non possono attendersela, e sono interessati a che non si faccia. Gli è dunque perchè una locazione a lungo termine può essere dannosa ai creditori che la legge limita il diritto del proprietario. Una dottrina che incontreremo e combatteremo darebbe un altro motivo. La locazione che eccede nove anni, si dice, è un atto di disposizione. Ora, il creditore ipotecario, avendo un diritto sulla cosa, la segue nelle mani di ogni terzo detentore; l'acquirente non può opporgli il suo diritto di proprietà. A maggior ragione il creditore prevale al conduttore. Questa dottrina è in opposizione coi principii, e diremo più avanti ch'essa non trova appoggio nella nostra legge ipotecaria. La locazione non è mai un atto di disposizione, poichè non dà al conduttore che un diritto di credito. Il locatore non smembra dunque la proprietà; egli la conserva in tutta la sua pienezza. Soltanto vi sono incapaci o amministratori i quali non possono consentire che una locazione di nove anni (art. 1718), non perchè una locazione eccedente i nove anni sia un atto di disposizione, ma perchè una locazione più lunga comprometterebbe gli interessi del proprietario. 'E dunque una questione di danno. Ecco perchè la legge non annulla le locazioni eccedenti i nove anni fatte dal proprietario dell'immobile ipotecato, ma ne riduce soltanto la durata in modo che non siano dannose ai creditori. Le locazioni che ecce-

dono i nove anni sono ridotte a questa durata, il che concilia tutti gli interessi, quello del proprietario che conserva il diritto di godere e d'amministrare, quello del conduttore, che può contare sulla durata ordinaria d'una locazione, e quello dei creditori ipotecarii che devono aspettarsi una locazione ordinaria.

237. Le locazioni eccedenti i nove anni sono riducibili, anche quando fossero state trascritte. Non bisogna confondere la locazione fatta dal proprietario posteriormente alla constatazione dell'ipoteca con quelle consentite prima che l'immobile sia ipotecato. Quest'ultima ipotesi è quella dell'art. 1.° della nostra legge ipotecaria. La legge vuole che le locazioni eccedenti i nove anni siano trascritte perchè possano essere opposte ai terzi acquirenti o ai terzi creditori che tratteranno col proprietario del bene affittato. I terzi devono essere avvertiti dell'esistenza delle locazioni a lungo termine. 'E nel loro interesse che il legislatore prescrive la pubblicità delle locazioni mediante la trascrizione. Diversa è l'ipotesi dell'art. 45. Non si tratta più di prevenire i terzi di quanto il proprietario farà. Vi sono creditori ipotecarii inscritti sull'immobile. Può il debitore stipulare locazioni in loro danno? Ecco la questione risolta dall'art. 45. Esso mantiene le locazioni di nove anni, riduce quelle che eccedono questa durata. Poco importa che queste lunghe locazioni siano rese pubbliche colla trascrizione: la pubblicità, nella specie, è indifferente. Quantunque trascritte, le locazioni non sono meno dannose ai creditori ipotecarii, e quindi questi devono avere il diritto di chiedere la riduzione. La discussione della legge ipotecaria non lascia, come diremo, alcun dubbio su questo punto.

238. L'art. 45 non prevede il caso che la locazione contenga una quitanza anticipata di pigioni. Che devesi indurre dal silenzio della legge? A nostro avviso, bisogna conchiuderne che questa clausola e, per conseguenza, le quitanze possono essere opposte ai creditori ipotecarii, salvo a costoro provare che il debitore ha agito in frode dei loro diritti. In altri termini, il caso dei pagamenti anticipati, non essendo stato previsto dalla legge, resta sotto l'impero del diritto comune. La questione fu decisa in senso contrario dalla nostra Corte suprema (1), e gli autori che hanno scritto intorno alla nostra legge ipocacaria insegnano le stesse dottrine (2). Dobbiamo dunque arrestarci alla difficoltà e vedere innanzi tutto se è vero che la legge tace; poi esamineremo quale sia il diritto comune in questa materia.

---

(1) Rigetto, 30 novembre 1854 (*Pasicrisie*, 1855, 1, 51). Vi ha una sentenza in senso contrario del tribunale di Liegi del 20 giugno 1854 (*Giurisprudenza dei tribunali*, di CLOES e BUJBAU, t. IV, p. 18).

(2) MARTOU, t. II, p. 116, n. 117. Cfr. CLOES, t. I, p. 38, n. 65, e t. II, p. 84, n. 1065 e seg.

La Corte suprema dice che la questione è decisa dall'art. 1.° della legge ipotecaria, combinato coll'art. 45. A termini dell'art. 1.° le locazioni devono essere trascritte, quando eccedono i nove anni, o contengono una quitanza di almeno tre anni di pigioni. La Corte ne conchiude che queste due categorie di locazioni sono assimilate dalla legge ad atti traslativi di proprietà, i soli che vadano, per principio, soggetti alla trascrizione. Fare una locazione ultranovennale, od una locazione contenente, come nella specie, quitanze di tutte le pigioni, è compiere un atto d'alienazione. Ora gli atti d'alienazione, fatti dal debitore che ha ipotecato l'immobile non possono essere opposti al creditore ipotecario, essendo questi armato contro il terzo del suo diritto di evizione.

Noi contestiamo il principio che serve di punto di partenza alla Corte. La locazione non è mai un atto d'alienazione (numero 236). Che il locatore non alieni nè la proprietà, nè uno smembramento di questa, è evidente, poichè non trasmette alcun diritto reale al conduttore. La locazione può essere fatta da chi non è proprietario. Si dirà che quest'atto è tuttavia una alienazione quando la locazione venga consentita per oltre nove anni o contenga quitanza di tre anni di pigione? Sarebbe dunque un atto di alienazione fatto da chi non ha la proprietà della cosa! È inutile insistere su questo punto, perchè la Corte suprema non ha potuto decidere che un atto d'amministrazione è un atto di disposizione. Anch'essa non formula il principio in questi termini assoluti, ma dice che l'art. 1.° attribuisce alle locazioni eccedenti i nove anni ed a quelle che contengono quitanza di almeno tre annate di pigione il *carattere di alienazione,* e che per questo motivo le assoggetta, *al pari degli atti traslativi di questi diritti,* alla formalità della trascrizione. La formula è singolare, il linguaggio scorretto, e il pensiero ci pare inesatto quanto l'espressione. Che cosa è un atto che ha il *carattere di alienazione?* Significa forse ciò che la locazione eccedente i nove anni e quella che contiene una quitanza di tre anni di pigione non sono atti d'alienazione, ma che la legge li considera tuttavia come tali? Sarebbe una finzione. Ora, le finzioni sono della più stretta interpretazione, di modo che quanto si potrebbe indurre dall'art. 1.° è che in materia di trascrizione la legge equipara le locazioni agli atti traslativi di diritti reali immobiliari. Ma questa assimilazione non potrebbe essere estesa a casi in cui non si trattà di trascrizione, e tale è appunto l'ipotesi prevista dall'art. 45. Le locazioni, quantunque trascritte, non possono essere opposte al creditore ipotecario quando eccedano i nove anni. Dunque la trascrizione deve essere eliminata, e, per conseguenza, l'art. 1.° della legge non può essere invocato per interpretare l'art. 45.

Dal principio che l'art. 1.° attribuisce a certe locazioni il *carattere di alienazione* la Corte conchiude che il creditore ipotecario può esercitare contro il conduttore il diritto di evi-

zione. La conseguenza ci pare altrettanto arrischiata quanto il principio. Che cosa è, infatti, il diritto di evizione? Esso si esercita contro i terzi possessori dell'immobile ipotecato. Chi sono questi terzi detentori? Basta leggere il capo VI, che parla del diritto di evizione, per convincersi che si tratta d'un terzo acquirente, vale a dire d'un terzo proprietario. Non abbiamo che a citare l'art. 105 (codice civile, art. 2177). Perchè il creditore ipotecario potesse invocare contro il conduttore il suo diritto di evizione, bisognerebbe dunque che il conduttore fosse proprietario, bisognerebbe che l'espropriazione fosse chiesta contro il conduttore, bisognerebbe che il conduttore avesse il diritto di rilasciare o pagare per evitare l'espropriazione. Ora, tutte queste conseguenze che derivano dal principio ammesso dalla Corte suprema sono puramente immaginarie. L'espropriazione si chiede, non contro il conduttore, ma contro il locatore, ossia contro il debitore, proprietario dell'immobile. Non vi ha nella specie un terzo detentore, perchè il conduttore non detiene l'immobile come proprietario, ma ne ha la detenzione soltanto come possessore precario, in nome del locatore pel quale possiede. Ora, dove non vi ha terzo detentore, non può parlarsi di diritto di evizione. La teoria della Corte è una dottrina immaginaria, come le basi sulle quali si fonda.

239. Comprendiamo benissimo il motivo che ha indotto la Corte a immaginare la teoria ch'essa ha consacrata. Il debitore che ha ipotecato un immobile resta, a dir vero, proprietario, ma non può più far nulla che nuoca al creditore ipotecario. Ora, le locazioni a lungo termine sarebbero pregiudizievoli al creditore. Ecco perchè la legge le riduce ad una durata di nove anni. Ma anche le locazioni che contengono quitanza di tre annate di pigioni sono pregiudizievoli al creditore, e quindi non deve esser permesso al debitore di farsi pagare anticipatamente tutte le pigioni, occorre un limite. Questo limite la Corte l'ha cercato nell'art. 1.°, e, per trovarvelo, ha dovuto supporre innanzi tutto che le locazioni eccedenti i nove anni siano atti traslativi di proprietà, poi ha dovuto assimilare a un atto traslativo di proprietà la locazione che contiene quitanza di tre anni di pigione. Questa argomentazione, a nostro avviso, è contraria ai principii. Proveremo ch'essa è in contrasto coi testi come vennero interpretati dagli stessi autori della legge ipotecaria.

L'art. 45 prevede gli atti che il debitore può o non può fare dopo che ha ipotecato l'immobile. Fra questi ve ne ha uno che formava il tormento degli interpreti sotto l'impero del codice civile. Il debitore ha diritto di fare locazioni a lungo termine? Ha diritto di farsi pagare anticipatamente tutte le pigioni? Il codice Napoleone non conteneva alcuna disposizione a questo riguardo, e, come sempre, il silenzio della legge generava infinite controversie. Chiamato a formare una nuova legge, il legislatore belga ha dovuto fare per la quistione delle locazioni ciò che fece per tutte le difficoltà che si erano presentate sotto

l'impero dell'antica. Così egli decise la questione delle locazioni a lungo termine dichiarandole riducibili. La nuova legge non dice nulla delle locazioni contenenti una quitanza anticipata. Quale è la ragione di questo silenzio? Forse dimenticanza? Non sarebbe concepibile. Si comprende che il legislatore, volendo troncare una difficoltà che aveva dato luogo a' tante controversie, la dirima per una metà, obliando l'altra? Se non vi è dimenticanza, bisogna dire che il legislatore non ha voluto decidere la difficoltà, o che l'ha decisa implicitamente coll'art. 1.°? Quest'ultima supposizione è quella della Corte suprema. Noi la crediamo inammissibile.

Vi è una prima eccezione d'inammissibilità contro questa interpretazione. Se era utile decidere che una locazione contenente quitanze anticipate è un atto di disposizione da non potersi opporre al creditore ipotecario, a maggior ragione era utile dirlo per le locazioni che eccedono i nove anni. Diciamo *a maggior ragione*. Infatti, si concepisce che una locazione a lungo termine sia assimilata ad un atto di disposizione, poichè diversi articoli del codice non permettono ad un semplice amministratore di consentire locazioni eccedenti i nove anni, ma non vi hà una sola disposizione dalla quale si possa indurre che una locazione con pagamento anticipato sia un atto di alienazione. Sarebbe dunque stato utilissimo, diciamo meglio, necessario che il legislatore si spiegasse su queste locazioni, poichè giudicava necessario ed utile spiegarsi sulle locazioni che il debitore aveva il diritto di fare. Egli ha taciuto sulle locazioni contenenti quitanze anticipate, mentre ha parlato delle locazioni a lungo termine. Domandiamo di nuovo: Quale è la ragione di questo silenzio? La spiegazione che ha dato la Corte suprema non spiega nulla. Bisogna cercarne un'altra, ed è facilissimo trovarla, perchè risulta a chiare note dalle discussioni della camera dei rappresentanti.

240. La discussione conferma pienamente l'interpretazione che noi abbiamo data agli articoli 1 e 45, ed è in aperto contrasto con quella consacrata dalla Corte suprema. Nella seduta del 30 gennaio 1851, Jullien richiamò l'attenzione del ministro della giustizia sulle locazioni che facesse il proprietario dell'immobile ipotecato in danno dei creditori ipotecarii. Egli credeva che bisognasse assoggettare queste locazioni alla trascrizione prescritta dall'art. 1.°. Era un errore in diritto e in teoria. Lelièvre, relatore della commissione, ristabilì i veri principii per quanto riguarda la questione di diritto, e, in quella occasione, disse chiaramente quanto abbiamo detto noi, cioè che non vi ha nulla di comune fra l'art. 1.° e l'art. 45.

Quale è lo scopo della trascrizione ordinata dall'art. 1.° per quanto riguarda le locazioni? Quello, egli dice, d'informare dell'esistenza di queste locazioni i terzi che contrattassero posteriormente col proprietario. *Quanto ai creditori anteriori, la legge non se ne occupa.* I loro diritti rimangono, per conseguenza,

soggetti alla legge comune. Il ministro della giustizia, Tesch, fu più esplicito ancora rispondendo alla questione teorica sollevata da Jullien: « *Noi non cambiamo assolutamente nulla*, egli dice, *ai principii esistenti.* 'E piuttosto una questione di fatto che una questione di diritto. Se vi ha frode, il creditore impugnerà la locazione ». Il ministro soggiungeva che era pericoloso cambiare la legislazione, in materia di locazione, a proposito d'una legge sul regime ipotecario. Era meglio attenersi al diritto comune.

Jullien, secondo l'invito del ministro, propose all'indomani un emendamento che decideva, in termini formali, la questione dei pagamenti anticipati, disponendo che questi pagamenti non sarebbero in alcun caso opponibili ai creditori anteriori. La commissione, alla quale questa proposta fu sottomessa, la respinse, per la ragione che sarebbe stato pericoloso l'annullare in modo generale, e senza alcuna riserva, ogni pagamento fatto anticipatamente. Ciò rientrava nell'ordine di idee sviluppato dal ministro della giustizia. Non decidere in diritto una questione che era di fatto, mantenere, per conseguenza, il diritto comune (1).

Anche la commissione del senato s'occupò dei pagamenti anticipati, e divise il parere emesso dal ministro della giustizia. « Non vi è da prendere alcuna misura, essa dice. Se i pagamenti anticipati sono stati fatti in buona fede, devono essere rispettati. Se vi ha frode, si apre l'azione del creditore » (2).

Ecco la spiegazione ufficiale del silenzio serbato dall'art. 45 per quanto riguarda i pagamenti anticipati. Se il legislatore non ne ha parlato, è perchè ha voluto rimettersi al diritto comune, e il diritto comune, come esso l'intende, non è l'art. 1.°, ma il diritto esistente al momento in cui venne discussa la legge ipotecaria, ossia il codice civile. La Corte di cassazione non dice nulla dei lavori preparatorii. La requisitoria del procuratore generale ce ne dirà la ragione. « Le discussioni, osserva Leclercq, non sono leggi. Se ne chiariscono il significato, non possono esservi contrarie, e fra esse e la legge la scelta non può essere dubbia. La legge deve prevalere » Nulla di più vero, ma ciò suppone che la legge sia chiara, e che coloro che hanno contribuito a farla l'abbiano mal compresa. Ora, il senso che la Corte suprema dà agli articoli 1 e 45 è tutt'altro che evidente. È dunque il caso di ricorrere alle discussioni per sapere quello che il legislatore ha voluto dire. È vero che le discussioni della camera dei rappresentanti provano così poco come dice il procuratore generale? La questione sta nel sapere se i pagamenti anticipati sono retti dagli articoli 1 e 45 della legge ipotecaria quando si tratta d'una locazione posteriore alla

(1) Sedute dei 30 e 31 gennaio e 1.° febbraio 1851 (PARENT, p. 204 e seg.).
(2) D'ANETHAN, *Relazione* (PARENT, p. 41).

costituzione dell'ipoteca. In altri termini, perchè l'art. 45 tace delle quitanze anticipate, mentre tronca la difficoltà delle locazioni a lungo termine? Su questo punto, ben più che discussioni, più che discorsi e relazioni, vi è un emendamento proposto, esaminato dalla commissione e respinto dalla camera. Perchè l'ha respinto? E perchè la commissione del Senato fu d'avviso che bisognava mantenere il rigetto e non dir nulla nella legge dei pagamenti anticipati? A questa domanda non vi è che una risposta: la diede il ministro della giustizia e fu confermata dai relatori della camera dei rappresentanti e del Senato. Vi ha dunque una decisione delle due camere. Si dirà ch'esse si sono ingannate, che la questione la quale, secondo il ministro, restava sotto l'impero del diritto comune, era decisa in altro senso dall'art. 1.° della legge? Ciò vorrebbe significare, non che il tale oratore abbia male interpretato la legge, ma che le camere, respingendo l'emendamento di Jullien, non hanno saputo quel che si facessero. Ci è impossibile disconoscere fino a questo punto l'autorità che si attribuisce al voto del corpo legislativo ed alla discussione che ha preceduto quel voto. La nostra conclusione sarà tutta contraria: è la Corte suprema che dà una falsa interpretazione all'art. 1.° Si converrà almeno che la legge non è così chiara come vuole la Corte, e quindi i lavori preparatorii riprendono la loro importanza, specialmente quando offrono la precisione delle discussioni che abbiamo analizzato.

241. Non vogliamo trascurare nessun elemento in una controversia nella quale siamo costretti prender partito contro la Corte di cassazione. In appoggio dell'interpretazione che dà all'art. 1.° della legge ipotecaria, essa invoca l'art. 25 della legge del 25 agosto 1854 sulla espropriazione forzata. Questa disposizione è così concepita: « Le locazioni che non hanno data certa prima della trascrizione del precetto *potranno, secondo le circostanze, essere annullate* se i creditori o l'aggiudicatario lo richiedono. *Sono nulle* le locazioni consentite dal sequestrato dopo la trascrizione del precetto o del sequestro. Le locazioni consentite dopo il precetto, anche non trascritto, sono egualmente *nulle* se eccedono i nove anni o contengono quitanza di almeno tre anni di pigione ». Questa legge, si dice, applica al sequestro il principio dell'art. 1.° della legge ipotecaria, quale è interpretato dalla Corte suprema, e quindi conferma questa interpretazione. Supponiamo che ciò sia esatto. Che ne risulterebbe? Che il legislatore del 1854 ha trovato bene d'equiparare le locazioni con quitanza anticipata alle locazioni che eccedono i nove anni. Ma questo prova che ha fatto lo stesso il legistatore del 1851, quando risulta il contrario dal silenzio della legge e dai motivi che le due camere hanno dato di questo silenzio? Interpretare una legge con un'altra legge è già cosa molto arrischiata, ma questo modo d'interpretazione conduce ad un errore certo quando le due leggi differiscono nella loro lettera

e nel loro spirito. L'art. 45 della legge del 1851 suppone una locazione fatta da un proprietario che gode della pienezza dei suoi diritti, salvo che non può far atti pregiudizievoli ai creditori ipotecarii. 'E appunto questa considerazione che il ministro della giustizia faceva valere quando combatteva la proposta di Jullien, che spogliava in modo assoluto il proprietario del diritto di fare locazioni con pagamento anticipato. La legge del 1854 prevede tutt'altra ipotesi. Il proprietario consente una locazione quando si vede colpito da un sequestro. La locazione eccede le condizioni ordinarie di una locazione, eccede i nove anni, o contiene quitanza di almeno tre anni di pigione. Fare una locazione esorbitante dal diritto comune, quando l'immobile locato sta per essere espropriato, è compiere necessariamente un atto fraudolento. Ecco perchè la legge l'annulla. L'annulla, diciamo, non la riduce come fa l'art 45 della legge ipotecaria. La differenza è radicale e prova che si è avuto torto d'invocare la legge del 1854 per interpretare quella del 1851 (1).

242. Se, come crediamo, l'art. 1.° della legge del 1851 è estraneo all'art. 45, rimane a vedere quale sarà l'effetto d'una locazione contenente quitanza anticipata di pigioni da scadere. Fu detto nella discussione che questo effetto era governato dal diritto comune. Quale è mai il diritto comune? La commissione del senato, d'accordo, in questo punto, col ministro della giustizia, risponde che si devono rispettare i pagamenti anticipati fatti in buona fede, mentre i creditori possono impugnarli quando sono fatti in frode dei loro diritti (n. 240). Vuol dire che i creditori debbono agire coll'azione pauliana che l'art. 1167 accorda loro contro tutti gli atti fraudolenti? Dubitiamo che tale sia stato il pensiero del relatore e del ministro. Essi non parlano d'azione pauliana, e, in realtà, il proprietario che affitta un bene ipotecato non si trova nella situazione che prevede l'articolo 1167. L'azione pauliana suppone un debitore che gode della pienezza dei suoi diritti. Egli può alienare, affittare per 99 anni, ma il suo diritto non si spinge fino alla frode. S'egli fa un atto in frode dei suoi creditori, questi possono impugnarlo, ma devono provare che il terzo il quale ha trattato col debitore è complice della frode. Il proprietario che ha ipotecato il suo immobile non è in questa situazione. Egli non ha più la piena proprietà del fondo, non ha che una proprietà smembrata, ed è smembrata nell'interesse dei creditori ipotecari, il che vuol dire ch'egli non può far nulla che rechi ad essi pregiudizio compromettendo l'esercizio del loro diritto. Quali sono gli atti che attentano ai diritti dei creditori? La legge non lo dice, ma si limita a dare esempi. Le applicazioni ci fanno conoscere il principio seguito dal legis-

(1) Cfr. WAELBROECK, *Commentario della legge del 15 agosto 1854 sull'espropriazione forzata* (t. II, p. 241, n. 8 dell'art. 25). L'autore dice benissimo, e prova che l'art. 25 non è in armonia coll'art. 1.° della legge ipotecaria.

latore. Così il debitore può fare i tagli di boschi ordinarii secondo l'uso dei luoghi. I creditori ipotecari devono rispettare questi atti, perchè il debitore è nel suo diritto. Ma egli cessa di essere nel suo diritto quando agisce in mala fede, vale a dire in frode dei suoi creditori. In questo caso, si applica l'articolo 1167. Ma se il debitore fa tagli straordinarii, fosse egli pure in buona fede, i creditori non sono tenuti a rispettarli. La legge non permette al debitore di farli, perchè questi atti sono essenzialmente dannosi ai creditori. L'art. 45 applica lo stesso principio alle locazioni. Nei limiti di nove anni, la locazione è un atto ordinario d'amministrazione, e quindi il debitore può farla, ma eccede il suo diritto quando agisce in frode dei suoi creditori. In questo caso si rientra nell'art. 1167. Quanto alle locazioni che eccedono i nove anni, il debitore non può farle, perchè sono necessariamente dannose ai creditori ipotecarii.

Il diritto comune pel debitore gravato d'ipoteche è dunque questo. Egli può fare gli atti ordinari di godimento e di amministrazione, a meno che non agisca in frode dei suoi creditori. In tal caso, si applica l'art. 1167. Egli non può fare gli atti che eccedono ciò che i proprietarii hanno l'uso di compiere. Fosse anche in buona fede, questi atti non possono essere opposti ai creditori ipotecarii, perchè sono loro essenzialmente dannosi. I creditori potranno dunque impugnarli senza essere tenuti a provare la frode. Basta ch'essi dimostrino che l'atto compromette il loro diritto ipotecario, perchè il debitore non possa far nulla che leda i diritti che egli stesso ha concesso ai suoi creditori. Ecco il diritto comune che regge gli atti fatti dal debitore gravato d'ipoteche. 'E questo principio che deve ricevere la sua applicazione alle locazioni con pagamento anticipato. Ma qui incontriamo una difficoltà nel silenzio della legge. Essa non dice, come fa per la durata delle locazioni, che il debitore non può ricevere un pagamento anticipato per più di tre anni. Il legislatore non ha voluto tracciare limiti; esso ha detto che era una questione di fatto lasciata all'apprezzamento del giudice. Il giudice dovrà dunque applicare il principio che il debitore non può far nulla che leda il diritto ipotecario dei creditori. Per decidere se questi diritti sono lesi, egli terrà conto di ciò che si usa fare in materia di pagamenti anticipati. Supponiamo che sia uso che il proprietario di un bene rustico si faccia pagare anticipatamente un'annata, o due annate, ed anche tre annate di affitti. Il giudice deciderà per via d'analogia, che il debitore ha agito nel limite dei suoi diritti. I creditori non potranno lagnarsi se non provano che la condizione è fraudolenta. Ma se è dimostrato che il debitore ha ecceduto quanto è d'uso, se, come nel caso giudicato dalla Corte di cassazione, il debitore ha ricevuto anticipatamente tutte le pigioni, i creditori potranno impugnare quest'atto senza essere tenuti a provare la frode, basterà ch'essi provino che l'atto è stato loro dannoso. Ma dovranno provare il danno, mentre, nel caso previsto dall'art. 45, essi non

hanno da dare alcuna prova: la legge stabilisce una presunzione di danno. Ogni locazione eccedente nove anni si presume dannosa. Non è così delle locazioni contenenti un pagamento anticipato. Non essendo il caso previsto dalla legge, non si può dire che vi sia una presunzione di danno.

La nostra opinione si avvicina, nei suoi risultati, alla dottrina consacrata dalla Corte suprema. Ma noi decidiamo le difficoltà in fatto, come ha detto il ministro della giustizia, mentre la Corte risolve la questione in diritto, dando all'art. 1.° della legge ipotecaria un senso molto problematico. L'avviso nostro si avvicina ancora alla sentenza della Corte di cassazione in quanto mette la prova a carico dei creditori. Questi devono provare che il debitore ha sorpassato il suo diritto eccedendo ciò che si usa fare. Essi devono inoltre dimostrare che l'atto del debitore reca loro danno, il che ci pare assai logico. Infatti trovandosi di fronte a un proprietario il cui diritto non è smembrato se non nel senso che non può diminuire il diritto ipotecario dei creditori, se impugnano uno di questi atti, bisogna che provino il danno che l'atto loro arreca.

SEZIONE III. — **Delle ipoteche legali** (1).

Art. 1. — NOZIONI GENERALI.

§ I. — *Quali sono le ipoteche legali.*

243. L'art. 47 (codice civile, art. 2121) enumera i *diritti* e *crediti* ai quali è attribuita l'ipoteca legale. Disponendo che l'ipoteca legale è concessa per certi crediti, la legge sembra dire che il diritto di preferenza vi è annesso per la qualità del credito, come l'art. 12 (codice civile, art. 2095) dice dei privilegi. Ciò non è esatto. Il privilegio, propriamente, ha la sua ragione di essere nel favore che il credito merita agli occhi del legislatore. Non così dell'ipoteca legale. Essa è attribuita ad un credito ordinario, ad un'azione di responsabilità, a compensi, tutti diritti che non differiscono per nulla dai diritti in generale. Il credito garantito dall'ipoteca legale non ha dunque nulla che lo distingua da tutti gli altri crediti. Se il legislatore lo munisce di pien diritto di un'ipoteca, è perchè il creditore merita che la legge intervenga a di lui favore. Infatti, tutti coloro ai quali la legge accorda un'ipoteca legale sono incapaci, sia per una incapacità naturale, sia per una incapacità legale. Non potendo vegliare essi medesimi ai loro interessi, ha dovuto farlo il legislatore, perchè ha il dovere di tutelare gli incapaci.

---

(1) **BECKERS**, *Delle ipoteche legali dei minori e delle donne maritate*, 1 vol. in 8.° (Bruxelles 1854).

244. L'art. 47 pone in prima linea le donne maritate che hanno un'ipoteca legale sui beni dei mariti pei loro diritti e crediti. A termini dell'art. 1124, la donna maritata è incapace di contrattare, e quindi di stipulare un'ipoteca per garanzia dei suoi diritti. È vero che questa incapacità non è assoluta, ma legale. Tutto ciò che da ciò risulta si è che la moglie non può fare alcun atto giuridico senza l'autorizzazione del marito o dell'autorità giudiziaria. Ma la necessità di questa autorizzazione costituisce precisamente la sua incapacità quando si tratta di stipulare garanzie contro il marito. Fu dunque necessario che intervenisse la legge ed accordasse alla moglie, di pien diritto e senza stipulazione alcuna, la garanzia ipotecaria ch'essa è legalmente incapace di esigere dal marito. Si dirà che, dietro il rifiuto del marito, la moglie può ricorrere all'autorità giudiziaria? Questo ricorso, già difficilissimo quando il marito non è parte in causa, diviene moralmente impossibile quando l'atto è una misura di sfiducia contro il marito. La legge non può esigere che la moglie prenda l'iniziativa d'un atto che porterebbe il turbamento e la discordia in rapporti nei quali deve regnare l'armonia più perfetta.

L'incapacità della donna non esiste che dal giorno del matrimonio. Essa spiega l'intervento della legge in suo favore, quando si tratta di diritti che nascono durante il matrimonio, a vantaggio della moglie contro il marito. Ma la moglie ha ancora un'ipoteca legale per garanzia della dote e delle convenzioni matrimoniali, vale a dire per diritti che nascono, prima del matrimonio, dalle convenzioni espresse o tacite che i futuri coniugi fanno relativamente al loro patrimonio. Prima del matrimonio, la moglie non è incapace. Se è maggiore d'età, ha la stessa capacità dell'uomo; se è minorenne, ha un rappresentante legale e un protettore nei genitori o nel tutore. In ogni caso, essa non si trova sotto la dipendenza del marito. Perchè dunque il legislatore interviene in di lei favore per accordarle di pien diritto garanzie ch'essa è libera di stipulare? Se non vi ha incapacità legale, vi è una incapacità morale di cui la legge ha dovuto tener conto. Non parliamo dell'ignoranza della giovane che si marita. 'E questo nondimeno un fatto che si dovrà prendere in considerazione, poichè, nelle classi agiate o ricche, si alleva la donna in un'ignoranza quasi assoluta. Il legislatore, il quale, per la sua colpevole indifferenza, è complice dell'ignoranza in cui vegeta la metà del genere umano, può presumere capaci giovani donne che non sanno nemmeno d'avere dei diritti? E supponendo che la futura sposa sappia che ha diritti da tutelare, essa non penserà certo a farlo nel momento in cui unisce il suo destino a quello dell'uomo che ama. Dimostrerà essa sfiducia al suo futuro sposo, quando le si insegna ch'essi non formeranno che un'anima sola in due corpi? La famiglia stessa indietreggerà davanti a questo attestato di sfiducia, perchè l'unione ch'essa desidera verrebbe forse rotta potendo il futuro

sposo considerare ogni segno di sfiducia come un'ingiuria. Così, prima del matrimonio, vi è incapacità morale per la donna di garantire i suoi interessi stipulando un'ipoteca. Il legislatore ha dovuto farlo per lei.

245. I minori e gli interdetti hanno un'ipoteca legale pei loro diritti e crediti sui beni del tutore (art. 47, codice civile, art. 2121). Sono gli incapaci per eccellenza, gli uni per l'età, gli altri in conseguenza della terribile malattia che li priva dell'uso della ragione. Supponiamo qui che l'interdizione sia pronunciata dal giudice, quando una persona si trova in istato abituale d'imbecillità, di demenza o di furore (art. 489). Oltre questa interdizione vi era, secondo il codice penale del 1810, una interdizione legale che colpiva la persona condannata a certe pene della stessa incapacità che l'interdizione giudiziaria, e, per conseguenza, dava luogo, in loro favore, all'ipoteca legale (1). Abbiamo detto altrove che, nella legislazione belga, non vi ha più interdizione legale (vol. I, n. 404, e vol. V, n. 246).

246 La maggior parte degli alienati non sono interdetti. Vengono ricoverati in un ospizio o in una casa di salute, e in forza della legge 8 giugno 1850 si nomina loro un amministratore provvisorio le cui funzioni sono analoghe a quelle del tutore. A termini dell'art. 47, le persone collocate in un manicomio hanno un'ipoteca legale sui beni del proprio amministratore, pei loro diritti e crediti. 'E un'ipoteca identica a quella dell'interdetto, salvo ch'essa finisce senza sentenza, come occorre perchè sia tolta l'interdizione. Rimandiamo a quanto si è detto sul regime degli alienati ricoverati, in appendice al titolo della *Tutela.*

247 Lo Stato, le provincie, i comuni, gli stabilimenti pubblici hanno un'ipoteca legale sui beni dei ricevitori ed amministatori contabili, pei crediti che possono avere contro di essi in forza della loro gestione (art. 47, codice civile, art. 2121). Si tratta di persone civili pubbliche, vale a dire stabilite dalla legge per un servizio pubblico, in forza del quale esse sono investite di certi diritti necessarii per adempiere la loro missione. A questo titolo, esse hanno beni la cui gestione viene affidata a contabili. Importa alla società che le persone giuridiche abbiano una garanzia contro coloro che maneggiano i denari destinati ad un pubblico servizio, e siccome le persone civili non hanno che un'esistenza fittizia, la legge ha dovuto vegliare ai loro interessi accordando ad essi un'ipoteca di pien diritto.

248. Tali sono le ipoteche legali enumerate dall'art. 47 (codice civile, art. 2121). L'enumerazione non è completa. Per principio non vi ha ipoteca legale che in forza d'un testo formale della legge Bisogna dire delle ipoteche legali quanto abbiamo

---

(1) MARTOU, *Commentario*, t. II, n. 754.

detto dei privilegi. Le parti interessate non possono creare ipoteche legali, come non possono creare privilegi (1). Così pure non possono derogare alla legge che le stabilisce, salvo quando il legislatore ne dà loro il diritto. Ne consegue che le ipoteche sono di stretta interpretazione, al pari dei privilegi (2) e per la identica ragione. Estendere ipoteche legali per via analogica sarebbe creare ipoteche, e il solo legislatore ha questo diritto. La Corte di Bruxelles ha fatto l'applicazione del principio ad un caso la cui decisione era tanto evidente che fa meraviglia come sia stata portata avanti ai tribunali. Alcuni creditori di una eredità beneficiata reclamavano un'ipoteca sui beni di coloro che l'amministravano, sia come eredi beneficiati, sia come curatori. La Corte risponde non essrvi che tre sorta d'ipoteche (sotto l'impero del codice civile): l'ipoteca legale, la giudiziale e la convenzionale. Ora, gli appellanti non producevano nè titolo, nè sentenza, nè legge. La loro pretesa non aveva dunque alcun fondamento (3).

Non si deve conchiudere da ciò che non vi siano altre ipoteche legali all'infuori di quelle stabilite dall'art. 47 (codice civile, art. 2121). Occorre una legge per aversi un'ipoteca legale, ma non è necessario che questa legge sia la legge ipotecaria. L'art. 11 (codice civile, art. 2120) rimanda alle leggi speciali per quanto riguarda i privilegi marittimi. Questo rinvio è di diritto per tutte le cause di preferenza che possono risultare da leggi particolari, purchè non siano abrogate dal codice civile o dalla legge belga. Abbiamo già incontrato ipoteche legali stabilite nell'interesse del fisco, trattando dei privilegi risultanti da leggi speciali (n. 146 e seg.). Ci resta da menzionare quelle che non sono comprese nell'enumerazione dell'art. 47.

249. Vi hanno ipoteche legali consacrate dalla legge ipotecaria, quantunque la legge non dia loro questo nome. Sono i privilegi che degenerano in ipoteche.

Quando il venditore, il permutante, il donante ed i condividenti dispensano il conservatore dall'obbligo di prendere l'inscrizione d'ufficio, il privilegio si estingue e degenera in ipoteca (art. 36). Questa ipoteca è legale, poichè risulta dalla legge. Infatti, il privilegio è un'ipoteca privilegiata, e questa ipoteca è legale, poichè è la legge che crea i privilegi. Dunque quando questa ipoteca legale che si chiama privilegio perde la sua qualità di privilegio, le resta quello d'ipoteca stabilito dalla legge. Accade lo stesso, e per la identica ragione, quando l'inscrizione d'ufficio non è stata rinnovata nei quindici anni. Il privilegio si estingue, ma rimane un'ipoteca legale (art. 37).

Anche il privilegio dell'architetto degenera in ipoteca legale

---

(1) Vedi il vol. XXIX dei miei *Principii*, n. 306, p. 349.
(2) Vedi il vol. XXIX dei miei *Principii*, n. 317, p. 360.
(3) Bruxelles, 5 febbraio 1831 (*Pasicrisie*, 1831, p. 18).

quando il secondo processo verbale non sia inscritto nei quindici giorni dalla consegna delle opere (art. 38).

Queste ipoteche devono essere inscritte e non prendono grado che a partire dall'inscrizione. Rimandiamo a quanto fu detto più sopra.

250. L'art. 1017 dispone che gli eredi del testatore ed altri debitori d'un legato sono tenuti ipotecariamente per il tutto fino a concorrenza del valore degl'immobili dell'eredità di cui saranno detentori. La maggior parte degli autori insegnano che questa disposizione stabilisce un'ipoteca legale a favore dei legatarii, e la giurisprudenza è nello stesso senso. Si domanda se questa ipoteca esista ancora sotto l'impero della nostra nuova legge. La questione è controversa. Vi ritorneremo trattando dell'ipoteca testamentaria stabilita dalla legge belga.

251. La maggior parte degli scrittori ritiene anche che i creditori di un commenciante fallito abbiano un'ipoteca legale sui suoi beni, ma insegna che questa ipoteca differisce essenzialmente dalle vere ipoteche legali stabilite dell'art. 47 (codice civile, art. 2121) (1). Lasciamo da parte la questione, poichè va decisa secondo i principii del diritto commerciale.

252. L'ipoteca legale dà luogo a due questioni che si sono sovente confuse e che importa distinguere affine di evitare ogni complessità in una materia così difficile. Si domanda anzitutto se l'ipoteca legale sia un diritto civile nel senso stretto della parola. Sotto l'impero del codice Napoleone, la questione era controversa. La maggior parte degli autori insegnava che essendo l'ipoteca legale una creazione della legge, bisognava considerarla come un diritto civile, proprio dei cittadini del paese la cui legislazione crea l'ipoteca (2). La giurisprudenza era in questo senso. Si decideva per conseguenza che il minore e l'interdetto stranieri non avevano ipoteca legale sui beni del loro tutore situati in Francia, quand'anche il tutore fosse francese e la tutela fosse stata deferita in Francia. Così pure si riteneva che la moglie straniera non avesse ipoteca legale sui beni del marito situati in Francia anche quando fosse di origine francese e il matrimonio fosse stato celebrato in Francia.

La legge belga s'è pronunciata per l'opinione contraria. L'articolo 2 addizionale è così concepito: « Il minore straniero, quand'anche la tutela fosse stata deferita in paese estero, avrà l'ipoteca legale sui beni del tutore situati nel Belgio, nel caso ed in conformità alle disposizioni enunciate al § I, sezione I, capo III della presente legge ». Ciò significa che il minore straniero è equiparato in tutto al minore belga. Egli è

---

(1) Vedi le testimonianze in AUBRY e RAU, t. III, p. 403 e seg., note 11-16.

(2) AUBRY e RAU, t. III, p. 200, e note 1 e 2, § 264. Qualche autore si è pronunciato per l'opinione contraria (VALETTE, p. 275 e gli autori che cita, p. 278, nota 2).

naturalmente soggetto alle condizioni prescritte dalla legge del 1851, per quanto riguarda la specialità e la pubblicità.

« Similmente la donna straniera, anche maritata in estero paese, avrà l'ipoteca legale sui beni del marito situati nel Belgio, nel caso ed in conformità del § 2, sezione I del capo III della presente legge ». Ciò vuol dire che la donna straniera è assimilata alla belga quanto ai suoi diritti, e, per conseguenza, quanto alle condizioni che la legge del 1851 prescrive per l'esercizio di questi diritti. Essa è dunque tenuta a fare specializzare la sua ipoteca e a renderla pubblica.

La legge belga deroga al principio dei diritti civili, quale era stato stabilito dagli autori del codice Napoleone (art. 11), ed è ritornata alla vera dottrina. Abbiamo detto che la distinzione dei diritti in civili e naturali è falsa (vol. I, nn. 422 e 423). Ogni diritto è naturale, poichè la natura che ci dà una missione deve conferirci anche i diritti che sono necessari per adempierla. Che importa che vi siano diritti creati dalla legge, nel senso che non esisterebbero senza d'essa? Se la legge accorda una ipoteca ai minori, è forse perchè i minori sono francesi? Essa interviene in loro favore perchè sono incapaci, e i minori stranieri sono forse meno incapaci? La loro incapacità è tanto maggiore in quanto non trovano nella loro famiglia e nelle loro relazioni l'appoggio e la protezione che d'ordinario circondano i minori belghi. Si dirà che il legislatore non deve proteggere gli stranieri quantunque siano minori ed incapaci? Ecco la teoria dei diritti civili in tutte la sua barbarie. Lo straniero è un nemico, come lo chiama la legge delle XII tavole, e il nemico non ha diritto ad alcuna protezione, fosse anche un fanciullo in fasce. Questi sentimenti di popoli barbari non sono più quelli dell'umanità moderna. Noi scorgiamo un fratello in ogni uomo, e il nostro cuore si muove a pietà alla vista di qualunque essere debole senza che pensiamo a domandare se colui il quale, per la sua debolezza, ha bisogno del nostro appoggio sia francese o straniero. La distinzione fra i diritti civili e naturali è un avanzo della barbarie primitiva; essa si va cancellando dalle nostre leggi. Bentosto esse consacreranno la vera teoria, che tutti i diritti privati sono diritti naturali, e che, quindi, ogni uomo deve goderne, sebbene siano stabiliti dalla legge.

253. La seconda questione che solleva l'ipoteca legale dei minori e delle donne maritate appartenenti ad un'altra nazione sta nel sapere se la legge che regola questa ipoteca è uno statuto reale o uno statuto personale. Quest'altra questione è affatto diversa dalla prima. Secondo la nostra legge, l'ipoteca è un diritto naturale, come tutti i diritti privati. Rimane a sapere da qual legge questo diritto sia governato, cioè dalla legge francese o dalla legge del paese al quale il minore o la donna appartengono. Abbiamo insegnato che l'ipoteca legale è uno statuto personale (vol. I, n. 116). La commissione del senato si è pronunciata in questo senso. Pur ammettendo il principio che gli

incapaci stranieri devono godere dell'ipoteca legale nel Belgio, essa aggiunge una riserva, cioè che i minori e le donne non potranno reclamare l'ipoteca legale nel Belgio se non quando la legge del loro paese accordi loro un'ipoteca (1). Si può formulare la riserva in termini più generali e dire che le garanzie dei minori, essendo accordate per la loro incapacità, formano per ciò stesso uno statuto personale. È dunque la legge straniera che determinerà a quali garanzie il minore ha diritto. Se essa non gli concede l'ipoteca legale, non potrà prendere inscrizione sui beni del suo tutore situati nel Belgio. Accade lo stesso della donna maritata. Questa conseguenza dello statuto personale pare, a primo aspetto, assurda, poichè conduce a rifiutare al minore straniero una garanzia reale di cui gode il minore indigeno. Eppure essa è razionale. Sono le leggi di ciascun paese che determinano i mezzi più adatti ad assicurare i diritti dei minori. Se la legge straniera non gli accorda un'ipoteca legale, provvede ai suoi interessi con altre garanzie forse più efficaci. Ora, il minore non può reclamare ad un tempo le garanzie che gli dà la legge straniera e quelle che gli dà la legge belga. Però da questa diversità di leggi può risultare che il minore non avrà, all'estero, le garanzie che gli offre il suo statuto personale. Se il minore straniero ha un debitore belga e le leggi del suo paese non gli danno un'ipoteca legale, egli non avrà garanzia reale contro il suo tutore, e siccome, di regola, sarà allevato nel Belgio, non godrà della protezione particolare che avrebbe avuto se fosse stato allevato all'estero. Ciò dipende dalla diversità delle leggi. Non vi è altro rimedio a questo inconveniente all'infuori dei trattati di diritto internazionale.

254. Questi principii si applicano alle persone giuridiche? No, questi sono enti fittizi che non esistono se non in forza della legge la quale li crea nell'interesse di un servizio pubblico. Non si può dunque dire che le persone civili debbono avere il godimento di tutti i diritti privati, tanto all'estero quanto nel paese in cui sono organizzate. Esse non godono di questa capacità generale nemmeno nel paese in cui hanno un'esistenza fittizia. Le persone civili non hanno altri diritti all'infuori di quelli che la legge accorda loro. Bisogna dunque limitare la questione a questi diritti e domandare se le persone morali hanno, all'estero, i diritti che esercitano in forza della legge che le ha create. Posta così, la questione deve essere risolta negativamente. Un ente fittizio il quale non esiste che in forza della legge, non ha esistenza legale se non nel paese in cui questa legge è obbligatoria. Fuori dei confini di questo stato, la finzione non ha più alcuna autorità, e conseguentemente la pretesa persona giuridica è un ente negativo. A dire il vero, le persone morali appartengono al diritto pubblico più che al diritto civile. Noi parliamo di quelle

(1) D'ANETHAN, *Relazione* (PARENT, p. 429).

che il codice Napoleone considera come tali, senza dar loro, cosa notevole, questo nome. Esso le chiama *stabilimenti pubblici*. Il nome è significativo. Si tratta dunque di un servizio pubblico che la legge affida ad una persona cosidetta giuridica. Ora, un servizio pubblico è un peso, e se vi sono annessi diritti, lo sono come mezzo di sostenere l'onere. Sotto questo punto di vista, non può parlarsi di persone civili fuori del paese in cui esse sono create dalla legge per un servizio che certo non riguarda l'estero. Non esistendo all'estero, esse non possono reclamarvi alcun diritto.

Questi principii sono applicabili allo Stato, alle provincie ed ai comuni? Lo Stato è la personificazione della nazione. Ora, le nazioni fra loro vivono in una società imperfettissima, è vero, ma questa società permette ad ogni Stato d'esercitare, all'estero, i diritti che gli appartengono come persona civile. È una conseguenza del riconoscimento dello Stato da parte degli altri Stati. Esso esiste nei medesimi per conseguenza quale persona civile, e può reclamare i diritti che vi sono inerenti. Tale sarebbe l'ipoteca legale che gli spetta sui beni che i contabili possedessero all'estero. Devesi dire altrettanto delle provincie e dei comuni? A nostro avviso, sì, perchè le provincie ed i comuni fanno parte integrante dello Stato, questo non essendo altro che un'aggregazione di provincie e di comuni. Per ciò solo che lo Stato è riconosciuto all'estero, lo sono pure le provincie ed i comuni, e dal momento che essi esistono come persone civili, bisogna riconoscere loro i diritti che vi sono annessi. Tuttavia questo privilegio non è assoluto. L'assimilazione fra le persone civili e le reali non è mai completa, e precisamente perchè sono di diritto pubblico vanno subordinate all'interesse di ciascuno Stato, il che limita la loro capacità.

A maggior ragione gli è così degli stabilimenti pubblici. Lo scopo pel quale essi sono istituiti, il servizio che adempiono può essere in opposizione con leggi d'ordine pubblico che governano i paesi stranieri. È un motivo politico che conferma il motivo giuridico e che si oppone al loro riconoscimento fuori del paese in cui sono stabiliti. Così le corporazioni religiose sono state soppresse in Francia e nel Belgio per motivi d'ordine politico connessi alle basi medesime della società moderna. Si concepisce che queste corporazioni fondate in un paese, in cui regna ancora l'antico regime ecclesiastico, acquistino un'esistenza legale in uno Stato in cui la legge le riprova? Sarebbe una contraddizione in termini. Anche quando questi istituti fossero riconosciuti dalla legge in Francia o nel Belgio, non avrebbero che un'esistenza limitata dalle necessità sociali che hanno fatto loro accordare la personificazione. Dunque essi non possono averla fuori dei confini del paese in cui l'hanno ottenuta.

Vi sono però stabilimenti pubblici d'utilità generale, e quindi sarebbe opportuno che godessero ovunque della personificazione civile. È una delle materie che dovrebbero essere re-

golate da trattati, e sarebbe bene che vi fossero trattati. perchè vi hanno servizii pubblici che interessano l'umanità intera e che, sotto una forma o l'altra, si trovano dappertutto. Tali sono gli ospedali e gli istituti di beneficenza. Perchè non avrebbero essi, al pari dei comuni, un'ipoteca sui beni dei loro contabili situati all'estero? Stando al rigore del diritto civile, non si può accordar loro questo diritto. 'E una lacuna che non può essere colmata che da trattati.

§ II. — *Le ipoteche legali sono soggette ai principii di specialità e di pubblicità.*

255. Abbiamo detto che i principii di specialità e di pubblicità sui quali si fonda il nostro regime ipotecario non sono stati ammessi dal Consiglio di Stato che dopo lunga discussione, e sotto la pressione del primo console, il quale si pronunciò in favore del mantenimento della legge di brumajo (n. 161 e seg.). Ma, ammettendo il principio, Napoleone reclamò con estrema vivacità un'eccezione in favore degli incapaci, ai quali il progetto di codice civile accordava un'ipoteca legale. Nulla pare più logico, a primo aspetto, di questa eccezione. Perchè la legge dà di pien diritto un'ipoteca ai minori, alle donne maritate, agli interdetti, ed agli alienati? Perchè sono nell'impossibilità di vegliare essi medesimi ai loro interessi. Ora, questa stessa incapacità che non permette loro di stipulare un'ipoteca impedirà ad essi di adempiere le formalità prescritte dalla legge per renderla speciale e pubblica. Se dunque la legge vuole assicurar loro una garanzia efficace, deve dispensare l'ipoteca legale dall'inscrizione e, per conseguenza, dalla specialità. 'E una garanzia derisoria l'accordare loro un'ipoteca che non diviene efficace che coll'inscrizione, quando gl'incapaci si trovano nell'impotenza di realizzare questa condizione.

La legge di brumajo non si limitava ad accordare agli incapaci un'ipoteca soggetta all'inscrizione, ma cercava di ottenere la pubblicità a vantaggio degli incapaci. Così il protutore ed i parenti o amici che avevano concorso alla nomina del tutore erano tenuti, sotto la loro responsabilità solidaria, a chiedere l'inscrizione od a vegliare che fosse fatta, e, in caso di ritardo, il commissario del direttorio esecutivo presso le amministrazioni municipali era incaricato di farvi procedere. Malgrado le cure che il legislatore aveva preso per conservare l'ipoteca degli incapaci rendendola pubblica, l'ipoteca restava di regola inefficace, perchè coloro che erano incaricati di inscriverla non lo facevano. Il primo console aveva dunque ragione di dire che la legge distruggeva essa medesima la garanzia che accordava agli incapaci, subordinandola alla necessità d'una inscrizione. La legge voleva difendere coloro che non potevano difendersi da

sè stessi, e, d'altra parte, esigeva, per la conservazione dei diritti ipotecarii degli incapaci, un'inscrizione che questi non potevano prendere, e che non era presa dalle persone incaricate di siffatta cura. Napoleone propose di dispensare l'ipoteca degli incapaci dalla necessità dell'inscrizione. 'E il sistema consacrato dal codice civile (1).

256. Questo sistema garantiva pienamente gli interessi degli incapaci, ma sacrificava loro gli interessi dei terzi. Che divenivano la pubblicità e la specialità, basi del regime ipotecario, quando il maggior numero delle ipoteche erano generali ed occulte? Gli autori del codice civile comprendevano che la pubblicità cessava d'essere una garanzia per i terzi se le ipoteche legali non erano inscritte. Treilhard il quale, al Consiglio di Stato, aveva sostenuto la necessità dell'inscrizione, senza eccezione alcuna, dice, nell'*Esposizione dei motivi*, che, se fu giusto proteggere la debolezza dei minori e delle donne, non è meno necessario provvedere a che i terzi non siano ingannati. Il codice civile prescriveva, infatti, misure severe per raggiungere lo scopo. Esso dichiarava colpevoli di stellionato i mariti e i tutori che non dichiaravano a coloro coi quali trattavano che i loro beni erano gravati di un'ipoteca legale, incaricava i parenti dei minori e della donna di vegliare a che fosse presa l'inscrizione, imponeva gli stessi doveri ai commissarii del Governo presso i tribunali (art. 2136-2139). Ma queste disposizioni rimasero lettera morta. L'ipoteca dei minori e delle donne essendo efficace indipendentemente dall'inscrizione, non restava nemmeno un interesse d'affezione per far inscrivere l'ipoteca legale. L'inscrizione non riguardava più che l'interesse dei terzi, vale a dire l'interesse pubblico, e nessuno si cura dell'interesse generale (2).

Dispensando dall'inscrizione le ipoteche legali, si faceva un'eccezione ad un sistema che non ne ammette. La pubblicità deve essere completa, o manca al suo scopo. Come potevano i terzi sapere che l'immobile che essi acquistavano o sul quale stipulavano un'ipoteca non era gravato di un'ipoteca legale, per una tutela o un matrimonio? Il tutore e il marito potevano aver alienato il fondo. Sarebbe dunque stato necessario risalire di vendita in vendita per ricercare se, fra i precedenti proprietarii, non si trovasse un tutore od un marito. E supponendo che si scoprisse un'ipoteca legale, non si conosceva l'importanza del credito ipotecario, poichè le ipoteche legali erano esonerate tanto dalla specialità quanto dalla pubblicità.

257. Gli autori della legge belga sono tornati al sistema della legge di brumajo. Essi hanno cercato di conciliare gli interessi

---

(1) Seduta del 12 piovoso anno XII, n. 97, e del 19 piovoso anno XII, n. 9 (Locré, t. VIII, pp. 179, 180 e 188).

(2) Martou, *Commentario*, t. II, p. 359 e seg., n. 763.

degli incapaci coll'interesse dei terzi, che s'identifica con quello della società (1). Diremo quali misure prescriva la legge ipotecaria per assicurare la specializzazione e l'inscrizione dell'ipoteca legale dei minori e delle donne maritate. Il legislatore belga è stato più felice del legislatore dell'anno VII? L'ignoriamo. Ci pare che il Governo dovrebbe preoccuparsi dell'esecuzione d'una legge che interessa a sì alto grado il credito, e, per conseguenza, la pubblica ricchezza. Perchè non si ordina un'inchiesta permanente? E perchè non si pubblicherebbe? Ritorneremo sui dettagli parlando delle diverse ipoteche legali. Pel momento, si tratta di precisare il sistema della nuova legge. Essa assoggetta tutte le ipoteche al principio della pubblicità e della specialità. Quanto alla pubblicità, nulla di più semplice. L'inscrizione è una condizione essenziale perchè l'ipoteca legale sia efficace. Se essa non è inscritta, il creditore non avrà nè diritto di prelazione, nè diritto di evizione, ossia sarà un semplice creditore chirografario. Accadeva già così, sotto il codice civile, dell'ipoteca dello Stato e delle altre persone civili. Nel sistema della legge belga, la pubblicità è una regola senza eccezione. Vi sono soggette tanto le ipoteche dei minori, delle donne maritate, degli interdetti e degli alienati, quanto quelle dello Stato.

Riguardo alla specialità, la legge determina in qual modo l'ipoteca legale dei minori e quella delle donne deve essere specializzata in quanto concerne i diritti e crediti che sono garantiti dall'ipoteca, nonchè i beni sui quali dev'essere presa un'inscrizione speciale. 'E il consiglio di famiglia che fissa la somma per la quale sarà presa inscrizione in favore del minore, e che designa gli immobili sui quali l'inscrizione dev'essere chiesta. L'ipoteca legale della moglie è specializzata, quanto al credito e quanto ai beni, dal contratto di matrimonio o dal presidente del tribunale. Dopo che l'ipoteca è stata specializzata, viene inscritta.

Come conciliare questa specializzazione colla disposizione dell'art. 47, a termini del quale i minori ed interdetti hanno un'ipoteca sui beni del tutore, e le donne sui beni del marito? Dire che l'ipoteca legale cade sui beni dei tutori e dei mariti significa che cade su *tutti* i loro beni, anche su quelli futuri, che, per conseguenza, è generale. Come mai l'ipoteca dei minori e delle donne maritate può essere ad un tempo generale e speciale? La contraddizione non è che apparente. L'ipoteca è generale nel senso che colpisce tutti i beni del debitore, di modo che a rigore può essere presa inscrizione su tutti i suoi beni. 'E speciale nel senso che la legge veglia a che l'inscrizione non sia presa se non sui beni necessarii alla garanzia del creditore. Se la presa inscrizione eccede la necessità

(1) Discorso di TESCH, ministro della giustizia (PARENT, p. 200).

di questa garanzia, il creditore potrà chiederne la riduzione. Così il tutore può sempre domandare che l'inscrizione presa sui beni sia ridotta, se è eccessiva. Egualmente il marito può domandare che l'inscrizione presa in forza dell'ordinanza del presidente sia ridotta in caso d'eccesso. Se non può chiedere la riduzione dell'inscrizione presa in forza del contratto di matrimonio, è perchè egli stesso concorse a specializzare l'ipoteca per sicurtà della dote e delle convenzioni matrimoniali, e non può ritornare sopra una convenzione che è irrevocabile. Ne consegue che, nel sistema della legge belga, l'ipoteca è sempre speciale, nel senso che l'inscrizione non cade che sugli immobili necessarii per dare una garanzia sufficiente ai minori ed alle donne maritate. Può dunque essere presa inscrizione su tutti i beni del tutore e del marito, se ciò è necessario per garantire gli interessi degli incapaci, ma se non è necessario, non si prenderà inscrizione che sugli immobili che l'atto di specializzazione destina alla garanzia dei creditori, e l'inscrizione potrà, al bisogno, essere ridotta.

Quanto abbiamo detto dei minori si applica agli interdetti come prova l'intitolazione del § I che tratta della specialità dell'ipoteca dei minori. D'altronde le leggi sulla tutela dei minori si applicano alla tutela degli interdetti (art. 509). Riguardo agli alienati ricoverati negli ospizii o case di salute, la legge non ne parla affatto. Siccome l'amministratore provvisorio tien luogo di tutore agli alienati non interdetti, bisogna applicare per analogia all'ipoteca degli alienati quanto la legge dice dell'ipoteca degli interdetti, la quale s'identifica con quella dei minori.

258. Resta l'ipoteca legale dello Stato, delle provincie, dei comuni e degli stabilimenti pubblici. La legge non esige che essa sia specializzata con un atto che precede l'inscrizione, come prescrive per l'ipoteca del minore e della donna maritata. Non è a dirsi per questo che lo Stato possa prendere un'inscrizione generale sui beni presenti e futuri del contabile; ogni inscrizione ipotecaria deve essere speciale. L'art. 89 (cod. civ. articolo 2153) lo dice formalmente dell'ipoteca dello Stato. Essa è inscritta in seguito alla presentazione di due note che devono contenere, fra altre menzioni, la natura dei diritti da conservare e l'*ammontare* del loro valore determinato o eventuale, come pure l'indicazione *speciate* della natura e della situazione di *ciascuno degli immobili*. Ma se l'inscrizione deve essere speciale, può tuttavia cadere su tutti gli immobili del debitore, qualunque ne sia il valore, quand'anche eccedesse di molto l'importo del credito, quale è specializzato nell' inscrizione. L'inscrizione può dunque eccedere la garanzia di cui lo Stato ha bisogno per il pagamento del proprio credito, senza che il contabile abbia diritto di chiederne la riduzione. In sostanza lo Stato ha un'ipoteca generale sui beni presenti e futuri del contabile, salvo che deve prendere un'inscrizione speciale su ciascuno degli immobili, mentre l'ipoteca dei minori e delle donne maritate è speciale, nel senso che il creditore non può prendere inscrizione che sugli immo-

bili determinati nell'atto di specializzazione, e il debitore può sempre domandarne la riduzione, salvo nel caso in cui sia fatta per convenzione. Quale è la ragione di questa differenza fra l'ipoteca legale dello Stato e le altre ipoteche legali? La specializzazione dell'ipoteca può compromettere l'interesse del creditore nel caso in cui l'inscrizione, sufficiente al momento in cui è presa, diventasse insufficiente all'epoca della vendita dell'immobile, per conseguenza della diminuzione del valore dei beni. E l'insufficienza della garanzia ipotecaria comprometterebbe l'interesse del fisco, che è un interesse generale e il più legittimo degli interessi, poichè, in uno Stato fondato sulla sovranità del popolo, il diritto dello Stato è il diritto di tutti i cittadini, di modo che, se il fisco perde, tutti perdono. Era meglio che l'inscrizione dello Stato fosse eccessiva anzichè insufficiente, il che non vuol dire che l'ipoteca dello Stato sia sempre e necessariamente eccessiva. Esso può prendere inscrizione su ciascuno dei beni del contabile, presenti e futuri, ma di fatto non prenderà inscrizione che sui beni che parranno necessarii a tutelare pienamente i diritti del fisco. Quello che diciamo dello Stato si applica alle provincie, ai comuni ed agli stabilimenti pubblici. In tutti questi casi si tratta d'interessi generali da tutelare. Potrà dunque essere presa inscrizione su tutti i beni dei contabili, senza che questi abbiano diritto di chiederne la riduzione.

259. Vi hanno privilegi o ipoteche legali, anteriori alla legge ipotecaria, che sono dispensati dall'inscrizione. La legge del 26 dicembre 1817 conferisce al fisco un privilegio od un'ipoteca sugli immobili dell'eredità per la percezione dell'imposta che essa stabilisce. Questa ipoteca è occulta. Si è sostenuto che la legge del 1817 era abrogata, sotto questo rapporto, dalla legge del 16 dicembre 1851, che assoggetta tutte le ipoteche alla pubblicità. La Corte di Bruxelles non ha ammesso simile interpretazione, e giustamente. Risulta dal testo e dallo spirito della legge che essa non ha inteso regolare i diritti del pubblico tesoro. L'art. 14 mantiene espressamente le leggi antiche. Questa disposizione non fa che applicare una norma generale d'interpretazione. Le leggi generali non derogano alle leggi speciali. Ora, le leggi che concernono i diritti del fisco sono essenzialmente speciali; esse non hanno nulla di comune colla legislazione generale del codice civile e della legge ipotecaria che costituisce il titolo delle *Ipoteche*. La relazione della commissione è nello stesso senso (1).

---

(1) Bruxelles, 21 giugno 1877 (*Belgique judiciaire*, 1877, p. 1073).

Art. 2. — Dell'ipoteca legale dei minori, interdetti ed alienati (1).

260. Il § I della sezione I è intitolato come segue: « Delle *garanzie* che devono dare i tutori nell'interesse dei *minori* e degli *interdetti* ». Perchè la legge parla di *garanzie*, invece di menzionare l'*ipoteca legale?* Perchè essa contiene disposizioni destinate a tutelare gli interessi degli incapaci nel caso che il tutore non avesse immobili o nel caso che gli immobili del tutore fossero insufficienti (art. 55-57). La legge colma una lacuna che presentava il codice civile. Quando il tutore non aveva immobili, la garanzia reale del minore era nulla. Essa era insufficiente quando la sostanza immobiliare del tutore non era proporzionata ai diritti eventuali del minore, e il codice non gliene dava altra. Abbiamo detto, trattando della tutela, quali sono le nuove disposizioni che la legge belga ha ordinato in favore dei minori. La legge dà una garanzia ai minori anche per quanto riguarda il rimborso dei capitali non esigibili, o di crediti a termine che devono scadere soltanto dopo la maggiorità del pupillo (art. 61). Abbiamo fatto conoscere questa innovazione al titolo della *Tutela* (vol. V, nn. 53, 59 e 61).

L'art. 62 della legge ipotecaria dispone che l'art. 55 non lede menomamente i diritti che gli articoli 384-387 e 453 assicurano ai genitori. Si tratta dell'usufrutto legale. Avendo i genitori il godimento dei beni che appartengono ai loro figliuoli, il consiglio di famiglia non può frapporre ostacoli a questo godimento, ordinando al padre od alla madre tutori di versare l'eccedenza dei redditi nella cassa dei depositi. Potrà ordinare il deposito dei capitali? Ci pare assai dubbio, perchè si ridurrebbe il padre o la madre a contentarsi degli interessi minimi che corrisponde la cassa (2).

261. Il § I non parla degli alienati non interdetti che sono collocati in un ospizio o in una casa di salute. Siccome la persona nominata per amministrare i loro beni esercita le funzioni del tutore, si deve applicare, per analogia, all'ipoteca legale degli alienati, quanto la legge dice dell'ipoteca legale degli interdetti e dei minori.

---

(1) Timmermans, *Dell'esercizio della tutela e del diritto di controllo dei tribunali*

Cfr. Martou, *Commentario*, t. II, p. 429, n. 878.

§ I. — *Delle persone soggette all'ipoteca legale.*

262. I minori e gli interdetti hanno un'ipoteca sui beni del *tutore*. 'E dunque soggetto all'ipoteca ogni tutore; ma non ogni amministratore, quand'anche l'amministrazione interessasse minori o interdetti. Bisogna che si tratti precisamente d'una tutela. Ecco il principio; il quale serve a decidere le numerosissime difficoltà che si sono sollevate sul punto di sapere quali siano le persone soggette all'ipoteca dei minori. La soluzione è assai semplice, dovendo l'ipoteca legale intendersi in senso eminentemente restrittivo. Non può esservi ipoteca legale senza tutela, e in ogni tutela vi ha un'ipoteca legale. Se gli interpreti si fossero attenuti al testo ed al principio che ne discende, non vi sarebbe mai stata controversia.

263. Quando vi ha tutela? Il titolo della *Minorità* risponde alla domanda. Vi ha una tutela dovuta al superstite, una tutela deferita dal padre o dalla madre, una tutela degli ascendenti ed una tutela deferita dal consiglio di famiglia. La tutela dell'interdetto è, in generale, dativa, e l'amministrazione dei beni degli alienati lo è sempre. In tutti questi casi, vi ha luogo all'ipoteca legale. Può darsi che il tutore sia egli stesso minorenne (art. 442, 1.°). Ciò non toglie che egli sia soggetto all'ipoteca legale. Questa ipoteca esiste indipendentemente dal consenso. Non si può dunque applicare all'ipoteca legale quello che l'art. 73 (cod. civ. art. 2124) dice dell'ipoteca convenzionale. Il tutore non deve avere la capacità d'alienare, perchè non è lui che consente l'ipoteca, la quale esiste soltanto in forza della legge (1).

264. Quando la madre superstite si rimarita, ed il consiglio di famiglia le conserva la tutela, le dà necessariamente per *contutore* il secondo marito (art. 396). Il *contutore* è un tutore, perchè, di fatto e di diritto, amministra la tutela, è responsabile in solido della gestione, e quindi è colpito dall'ipoteca legale (2).

La madre tutrice che vuole rimaritarsi deve convocare il consiglio di famiglia, il quale decide se la tutela deve esserle conservata. In mancanza di questa convocazione, essa perde la tutela di pien diritto (art. 395). Se continua ad amministrare di fatto, rimarrà soggetta all'ipoteca legale? Generalmente si ammette l'affermativa, salvo il dissenso di Duranton (3). Secondo l'opinione da noi sostenuta intorno alla tutela di fatto (vol. IV,

---

(1) Martou, *Commentario*, p. 362, n. 769.
(2) Pont, t. I, p. 533, n. 449.
(3) Vedi le citazioni in Aubry e Rau, t. III, p. 209, nota 13, § 264 *bis*. Bisogna aggiungere Bruxelles, 3 febbraio 1830 (*Pasicrisie*, 1830, p. 32).

n. 390), non può parlarsi di ipoteca legale sui beni di un tutore di fatto, poichè non vi ha tutela nel senso giuridico della parola e non vi ha testo che la stabilisca sui beni di persona che amministra illegalmente la tutela. Ora, nella specie, non vi ha più, legalmente parlando, tutore. La madre tutrice cessa di essere tale, perchè perde di pien diritto la tutela. Dunque la tutela è vacante, e il consiglio di famiglia dovrebbe procedere alla nomina d'un tutore. La madre usurpa una gestione che non le appartiene. Vi ha un testo che grava d'ipoteca i beni di colui che esercita illegalmente la tutela? No. Ciò è decisivo, perchè senza legge non potrebbe esservi ipoteca legale. Si obbietta che l'art. 395 chiama tutela l'amministrazione continua della madre. L'obbiezione non è seria. Non è possibile che la legge consideri la madre come tutrice, proprio dopo aver detto che è decaduta dalla tutela. Essa esercita dunque una tutela illegale, e la legge non stabilisce l'ipoteca che nella tutela legale. Vi ha certamente una lacuna nella legge. Se il minore ha una garanzia contro il tutore legale, a maggior ragione dovrebbe averla quando il tutore esercita illegalmente la tutela. La dottrina e la giurisprudenza hanno colmato la lacuna senza alcun diritto, poichè non spetta che al legislatore creare un'ipoteca legale. Ciò che dimostra esservi lacuna si è che sarebbe impossibile, legalmente parlando, prendere una nuova inscrizione sui beni della madre, nel caso che questa inscrizione divenisse necessaria per essersi aumentata la sostanza del minore. Il consiglio di famiglia non potrebbe deliberare in proposito, perchè legalmente non vi ha più tutela.

Dobbiamo soggiungere che la commissione della camera dei rappresentanti ha risolto la questione in senso contrario. Si legge nella relazione di Leliévre: « La madre tutrice che convola a seconde nozze perde la qualità di tutrice, ma s'intende bene che gli effetti dell'inscrizione presa a suo carico dall'apertura della tutela continuano a sussistere ». *S'intende bene!* (1). In teoria, sì; ma dal punto di vista del testo, no. La commissione avrebbe operato saggiamente, in questo caso, come in molti altri, a formulare il suo parere in articolo di legge, perchè il parere della commissione non ha alcuna forza legale.

Si domanda se il nuovo marito sarà soggetto all'ipoteca legale quando la madre è decaduta dalla tutela per non aver convocato il consiglio di famiglia. La questione è controversa (2). A nostro avviso, non vi ha nè tutela nè ipoteca. Il testo della legge lo dice. Secondo l'art. 596 è il consiglio di famiglia che dà il secondo marito per contutore alla madre conservata nella tutela. Perchè vi sia *contutela*, bisogna dunque che il consiglio di famiglia conservi la tutela alla madre, e le dia poi il nuovo ma-

---

(1) LELIÈVRE, *Relazione* (PARENT, p. 375).
(2) Vedi, in senso diverso, PONT, t. I, p. 536, n. 500, e le autorità che cita.

rito per contutore. Senza l'intervento del consiglio di famiglia, non vi ha contutore e quindi neppure ipoteca. 'E inutile insistere perchè, nel sistema della legge belga, l'ipoteca, quand'anche fosse ammessa, sarebbe puramente nominale. Infatti, essa deve essere specializzata dal consiglio di famiglia, che dà il secondo marito per contutore alla madre. Ora, non vi ha consiglio di famiglia e non nomina d'un contutore. La pretesa ipoteca, non essendo specializzata, non può essere inscritta, e senza inscrizione l'ipoteca non produce alcun effetto (1). Ecco una nuova lacuna. L'art. 395 dichiara il secondo marito solidariamente responsabile di tutte le conseguenze della tutela che la madre ha indebitamente conservato. Ove vi ha responsabilità per una gestione tutelare, quantunque illegale, dovrebbe anche esservi una garanzia ipotecaria per il minore.

265. L'assenza dà luogo alla tutela e, per conseguenza, all'ipoteca legale? Quando vi ha tutela, vi ha ipoteca legale, mentre l'amministrazione che non sia una tutela non è soggetta all'ipoteca legale. La questione si riduce dunque a sapere quando vi ha tutela in caso di assenza. Rimandiamo a ciò che dicemmo al titolo dove è la sede della materia (vol. II nn. 145, 148, 149, 219, 221).

266. Il tutore officioso è soggetto all'ipoteca legale? Abbiamo esaminato la questione al titolo dell'*Adozione* (vol. IV, n. 240). La dottrina si è pronunciata per l'affermativa, salvo il dissenso di Pont (2). S'intende che, se il tutore officioso non ha l'amministrazione dei beni, o se il minore non ha beni, il consiglio di famiglia deciderà che non vi ha luogo a prender inscrizione sui beni del tutore.

267. In materia di sostituzione fidecommissaria, vi ha un tutore che, salvo il nome, non ha nulla di comune colla tutela propriamente detta. Non può dunque essere questione di un'ipoteca legale sui beni del tutore alla sostituzione. Rimandiamo a quanto si è detto al titolo delle *Donazioni* (vol. XIV, n. 538).

268. Vi hanno casi nei quali si nomina un tutore per rappresentare il minore in un affare speciale. Siffatti rappresentanti si chiamano tutori *ad hoc* (art. 318, 838). Va da sè che essi non sono soggetti all'ipoteca legale, perchè non hanno amministrazione.

269. Anche il protutore ha il nome di *tutore*, e siccome è responsabile, si potrebbe credere ch'egli sia soggetto all'ipoteca legale. Tale era stata, infatti, la decisione del Consiglio di Stato, ma la disposizione ch'esso aveva adottata fu tolta, sulla proposta del Tribunato. Si legge nelle osservazioni della sezione di legislazione: « Interessa alla società liberare, per

---

(1) MARTOU, *Commentario*, t. II, p. 361, n. 768.

(2) PONT, t. I, p. 529, n. 495, combattuto da AUBRY e RAU, t. III, p. 409, nota 12, § 264 *bis*.

quanto è possibile, gli immobili dalle ipoteche. Ora, non vi è alcuna necessità di mettere un'ipoteca legale sui beni del protutore. Per la garanzia della sua responsabilità, è ragionevole contentarsi dell'azione che il minore può esercitare contro di lui quando vi ha luogo a reclamare questa responsabilità. Si dovrebbe temere d'altronde che i cittadini non facessero ogni sforzo per allontanare da sè le funzioni di protutore, se dovessero essere gravati da un'ipoteca così generale » (1). 'E questa l'opinione di tutti gli autori.

270. Vi hanno persone che devono essere assistite, per certi atti, da un curatore o consulente, e sono i minori emancipati, i prodighi e gli infermi di mente. Hanno essi un'ipoteca legale sui beni di coloro che li assistono? La negativa è così evidente che non si dovrebbe nemmeno porre la questione. Non vi ha tutela, e quindi non può esservi ipoteca legale. Accade lo stesso dell'amministrazione provvisoria che la legge organizza nella procedura d'interdizione (art. 497). L'amministrazione provvisoria essendo incaricata d'una gestione, per l'incapacità della persona di cui si chiede l'interdizione, la legge avrebbe potuto assoggettarla all'ipoteca legale, ma non l'ha fatto, senza dubbio per le ragioni che hanno indotto il legislatore a non estendere questa garanzia al protutore. Non si devono moltiplicare inutilmente le inscrizioni ipotecarie (2). È lo stesso di coloro che amministrano provvisoriamente la tutela in forza dell'obbligazione che la legge impone loro (art. 394, 419 e 440). Una gestione di così breve durata non esigeva una garanzia che, per sua natura, è permanente. La necessità d'inscrivere l'ipoteca e di radiare poi l'inscrizione avrebbe cagionato inutili spese che la legge ha saggiamente evitate contentandosi dell'azione personale contro gli amministratori,

271. Vi ha un'amministrazione altrettanto lunga e importante quanto la tutela, quella del padre durante il matrimonio. 'E egli soggetto all'ipoteca legale? La questione è controversa (3), ma non avrebbe mai dovuto parer dubbia. Basta, per deciderla negativamente, che il padre amministratore non sia tutore. E può esservi un'ipoteca legale per tutela, quando non vi ha tutela? Invano si dice che identica sia la ragione di decidere, poichè l'amministrazione legale è analoga alla gestione tutelare. Vi fosse anche analogia, non si potrebbe tenerne alcun conto perchè l'analogia non basta per estendere un'ipoteca legale. I lavori preparatori della nostra legge ipotecaria forniscono un nuovo argomento in appoggio di questa opinione. Era stato

(1) Osservazioni del Tribunato, n. 12 (LOCRÉ, t. VIII, p. 230).
(2) AUBRY e RAU, t. III, p. 207, nota 7, § 264 *bis*.
(3) Vedi le citazioni in PONT, t. I, p. 527 e le note. Bisogna aggiungere, nel senso della negativa, Bruxelles, 22 maggio 1819, Liegi, 3 marzo 1821 e 28 marzo 1822 (*Pasicrisie*, 1819, p. 385, 1821, p. 322, 1822, p. 97).

proposto di assoggettare il padre amministratore all'ipoteca legale. La relazione della commissione del senato discute la questione sotto tutti i suoi aspetti, e conchiude pel rigetto della proposta, pel motivo che l'ipoteca che si desse ad un figlio contro il padre offenderebbe l'autorità, o per lo meno la considerazione del padre, che l'intervento dei parenti chiamati a specializzare l'ipoteca, a farla inscrivere, potrebbe suscitare divisioni nella famiglia, e che in fine l'esperienza non reclamava questo cambiamento (1). Quest'ultimo motivo ci pare determinante.

Può darsi tuttavia che il minore abbia un'ipoteca sui beni del padre amministratore. Il testatore fa un legato in favore d'un figlio minorenne che ha ancora i suoi genitori, ed aggiunge come condizione che il padre non avrà l'amministrazione se non a condizione di dare ipoteca per garanzia della sua gestione. Si può contestare la validità della condizione poichè l'amministrazione legale e l'ipoteca legale sono d'ordine pubblico. Supponendo che la condizione sia valida, il padre dovrà costituire un'ipoteca sui propri beni. Ma questa ipoteca non è legale, è convenzionale (2).

Si è presentato un caso nel quale il figlio aveva un'ipoteca legale sui beni di suo padre, non per sè, ma come erede d'un altro figlio dello stesso padre, il quale, nato da un'altra madre, si era trovato, alla morte di questo, sotto la tutela legale del genitore. Avendo egli un'ipoteca legale per i diritti che gli spettava contro il padre tutore, trasmette questi diritti, coll'annessavi ipoteca, al figlio posto sotto l'amministrazione legale del padre comune (3).

§ II. — *Dei crediti garantiti dall'ipoteca.*

272. L'art. 47, che enumera le ipoteche legali, dispone che i *diritti* e *crediti* ai quali è annessa l'ipoteca legale sono *quelli* dei minori ed interdetti sui beni del tutore. Ne consegue che tutti i *diritti e crediti* che un *minore* può avere contro il *tutore* sono garantiti dall'ipoteca legale. La natura dei crediti è determinata e limitata dalle parole *minore* e *tutore*. Bisogna che il minore sia creditore come pupillo e che il tutore sia debitore in forza della tutela da lui gerita. Quali sono i diritti che un minore può avere contro il proprio tutore? La legge ipotecaria vuole che i crediti del minore siano specializzati. Come base di questa specializzazione, essa indica le cause da cui procedono i diritti del minorenne contro il tutore.

---

(1) D'Anethan, *II Relazione* (Parent, p. 480 e seg.).

(2) Rigetto, 30 aprile 1833 (*Sirey*, 1833, 1, 466). Aubry e Rau, t. III, p. 206, § 264 *bis*, nota 4.

(3) Bordeaux, 19 marzo 1875 (Dalloz, 1877, 2, 25).

Anzitutto il patrimonio del minore. Esso costituisce il capitolo degli incassi nel conto che il tutore deve rendere. Il tutore riceve i beni che è incaricato di amministrare, riscuote i redditi e i capitali che vengono rimborsati. Ecco i suoi incassi. Egli porta in conto le sue spese, ed è debitore del residuo. Tale è il credito ordinario del pupillo contro il tutore. Se costui ha trascurato di comprendere fra gli incassi somme riscosse, il minore ha un'azione ed un'ipoteca per la garanzia dei diritti che è costretto a reclamare giudizialmente. Questo credito procede direttamente dall'obbligazione che incombe al tutore di rendere conto dei beni del minore di cui ha avuto la gestione.

L'art. 49 vuole ancora che il consiglio di famiglia abbia riguardo alle eventualità della responsabilità del tutore. A termini dell'art. 450 del codice Napoleone, il tutore deve amministrare i beni del minore come un buon padre di famiglia, e risponde dei danni ed interessi che potessero risultare da una cattiva gestione. Questa responsabilità si applica anzitutto agli atti che il tutore ha il diritto di fare da solo senza l'intervento del consiglio di famiglia. Prendere o dare in affitto, impiegare capitali e redditi, provvedere alla riscossione dei crediti. Ecco atti di ordinaria amministrazione. Il tutore è responsabile se reca un danno al minore amministrando male, per esempio, se trascura di affittare i beni del pupillo, o li affitta a condizioni svantaggiose, se non impiega i redditi, nel caso in cui fosse tenuto a farlo, o ne fa un impiego dannoso al minore, se non procede contro i debitori, e questi poi diventano insolvibili o il credito del minore si estingue colla prescrizione, per non averla il tutore interrotta. Il tutore non cessa di essere responsabile anche quando agisce coll'autorizzazione del consiglio di famiglia e l'omologazione del tribunale. Dato che gli si possa imputare una colpa di cui è tenuto a rispondere, il minore ha azione, ed ogni azione nascente da una colpa commessa dal tutore è garantita dall'ipoteca legale. A maggior ragione, il tutore è responsabile quando ha agito irregolarmente, senza farsi autorizzare nei casi in cui è richiesta l'autorizzazione, o senza chiedere l'omologazione del tribunale quando essa è necessaria. Il minore ha, in questo caso, due azioni. Ha l'azione di nullità e può reclamare danni ed interessi contro il tutore. Egli ha la scelta. Dal fatto ch'egli avrebbe l'azione di nullità non si può indurre che non abbia l'azione per danni ed interessi garantita dalla sua ipoteca legale. Il minore può dunque mantenere la vendita che il suo tutore avesse fatta senza esservi autorizzato, e agire contro di lui per danni ed interessi (1). L'azione di nullità s'intenta contro i terzi. Se, malgrado l'annullamento, il minore risentisse un danno, avrebbe un'azione contro il tutore, garantita dall'ipoteca legale, perchè

---

(1) Bourges, 28 aprile 1838 (DALLOZ, v. *Privilèges*, n. 1058). Grenoble, 19 luglio 1849 (DALLOZ, 1851, 2, 10).

il danno risulta da una colpa che il tutore ha commesso nella sua gestione.

273. Tale è il principio. Daremo qualche applicazione tolta alla giurisprudenza. Il tutore era debitore del pupillo prima di assumere la gestione, o lo è divenuto durante il corso della tutela per cause indipendenti dalla gestione. Si domanda se l'azione che il minore ha, per questo titolo, contro il tutore sia garantita dall'ipoteca legale. Sì, se il debito scade durante il corso della tutela. Infatti il tutore ha dovuto, in questo caso, esigerlo egli stesso. Se non lo fa, è responsabile come quando trascura di procedere contro un terzo debitore del pupillo. Ma se il debito non scade che dopo spirata la tutela, il pupillo non ha che un'azione personale. In questa ipotesi, la gestione del tutore è fuori di causa, non essendovi alcuna colpa da imputargli. D'altra parte, il tutore non era tenuto a portare in conto che l'azione del minore, e questa azione il minore la conserva, azione puramente personale, come quella che avrebbe contro ogni terzo debitore. La dottrina e la giurisprudenza sono in questo senso (1).

274. Fu giudicato, per applicazione di questi principii, che il tutore risponde sui suoi beni della prescrizione che i terzi hanno acquistato durante il corso della tutela (2). Il primo dovere del tutore è di conservare i beni del minorenne, e quindi deve interrompere la prescrizione che corre a suo danno. Se non lo fa, è responsabile, ed ogni azione di responsabilità è garantita dall'ipoteca legale. Accade lo stesso nel caso in cui il tutore trascuri d'accettare una donazione fatta al minore, o di farla trascrivere. L'art. 942 dice che i minori hanno un regresso contro il tutore, se è il caso. La Corte di cassazione ha confermato una sentenza che aveva ammesso l'esercizio dell'ipoteca legale per questo titolo, benchè la donazione fosse stata fatta dal tutore medesimo (3). Abbiamo detto altrove le difficoltà che si presentano, in questo caso, sul punto di sapere se il tutore è responsabile (vol. XII, nn. 261-263). Ammessa la responsabilità, l'ipoteca legale ne è la conseguenza necessaria.

275. L'ipoteca esiste sui beni del padre tutore: è cosa evidente. Ma il padre non è soltanto un amministratore, sibbene anche usufruttuario. Il diritto di godimento che la legge gli accorda modifica la responsabilità che gli incombe e, per conseguenza, l'esercizio dell'ipoteca legale? La giurisprudenza è per la negativa, che non ci pare contestabile. Il *diritto* di godere come usufruttuario non toglie l'*obbligazione* del genitore d'amministrare da buon padre di famiglia. Dunque, quando egli reca un danno ai suoi figli con una cattiva amministrazione, è responsabile sui proprii

---

(1) Aubry e Rau, t. III, p. 212, nota 20, § 264 *bis*.
(2) Pau, 19 agosto 1850 (Dalloz, 1851, 2, 9).
(3) Bruxelles, 10 maggio 1809 (Dalloz, v. *Privilèges*, n. 1009). Bourges, 6 marzo 1855 (Dalloz, 1855, 2, 300).

beni, senza che possa opporre il suo diritto di godere. Questo stesso diritto di godimento è limitato, poichè ogni usufruttuario deve godere da buon padre di famiglia, e, nella specie, il suo diritto è ancora più ristretto dall'obbligo che gli è imposto d'amministrare, sotto pena d'essere responsabile della cattiva gestione. Riguardo al punto di sapere se vi ha cattiva gestione e di qual colpa il tutore risponde, rimandiamo al titolo della *Tutela* ed a quanto si è detto, al titolo delle *Obbligazioni*, sulla teoria delle colpe.

276. La questione di sapere se i denari sono pupillari ha dato luogo ad una difficoltà di diritto. Alcuni immobili dipendenti dalla comunione esistita fra i genitori erano rimasti indivisi fra il padre superstite ed il figlio. L'indivisione non cessò che con una licitazione intervenuta dopo la maggiorità del figlio. Questi aveva un'ipoteca legale per la garanzia del prezzo di licitazione? No, perchè la sua parte nel prezzo non costituiva un credito pupillare, il diritto del figlio essendo sorto dopo la sua maggiorità. Nell'interesse del figlio, si diceva che la licitazione equivaleva alla divisione, e che la divisione retroagiva al giorno in cui era incominciata l'indivisione. La Corte di Rennes risponde essere questa una falsa applicazione dell'art. 883. Se la divisione è dichiarativa di proprietà, non ne risulta che il prezzo di licitazione sia dovuto in un tempo in cui sussisteva l'indivisione. Non può esservi credito di prezzo quando non vi ha vendita, e il padre non può portare in conto a suo figlio un prezzo che non gli è dovuto (1).

277. L'ipoteca legale garantisce tanto gli accessorii del credito quanto il capitale. Fra gli accessorii sono compresi gli interessi scaduti durante la tutela, ma colla restrizione che risulta dall'art. 87 sulla quale ritorneremo trattando dell'inscrizione ipotecaria (2). Le spese del conto stanno a carico del minore. Non così delle spese degli incidenti sollevati nella causa per resa di conto e nei quali il tutore soccombe. Quantunque la causa sia posteriore alla tutela, il minore deve ottenere senza spese quanto ha reclamato contro il tutore, poichè la sentenza non fa che dichiarare il suo diritto (3). In questo senso, le spese sono un accessorio del credito principale.

278. Che deve dirsi degli interessi che decorrono dopo la maggiorità? La Corte di Gand ha giudicato che l'ipoteca legale non si estendeva a questi interessi (4). È un'applicazione del principio che abbiamo stabilito, al titolo della *Tutela*, per quanto riguarda le spese della gestione posteriore alla tutela. Il prin-

---

(1) Rennes, 31 marzo 1841 (DALLOZ, v. *Succession*, n. 2111).
(2) Bourges, 28 aprile 1838 (DALLOZ, v. *Priviléges*, n. 1058).
(3) Parigi, 19 agosto 1850 (DALLOZ, 1851, 2, 5).
(4) Gand, 3 febbraio 1854 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 178). In senso contrario quanto agli interessi, Gand, 29 luglio 1852 (*Pasicrisie*, 1853, 2, 137).

cipio è molto controverso (vol. V, nn. 117-119), ma l'applicazione al regime ipotecario non potrebbe essere dubbia, secondo le nuove norme che reggono l'ipoteca legale. Questa è soggetta all'inscrizione che non può essere presa se non per i denari pupillari e per garantire la responsabilità del tutore. Ora, quando la tutela è finita, non vi sono più nè denari pupillari nè responsabilità del tutore, sibbene un nuovo credito distinto da quello pel quale è stata presa inscrizione. Ma l'inscrizione non conserva che i crediti pei quali è stata presa (1).

§ III. — *Dei beni gravati dall'ipoteca. Specializzazione.*

279. L'ipoteca dei minori e degli interdetti grava tutti i beni del tutore presenti e futuri (n. 257), ma deve essere specializzata dal consiglio di famiglia prima di essere inscritta. La deliberazione che specializza l'ipoteca ha per effetto di renderla convenzionale? Posta così, la questione non ha senso. Quello che caratterizza l'ipoteca legale si è che essa esiste in forza della legge, vale a dire di pien diritto, e senza che occorra il consenso nè del creditore nè del debitore, il che esclude ogni idea di convenzione (n. 189). Tuttavia gli autori, e la stessa legge quando si tratta dell'ipoteca legale della moglie, si servono d'espressioni da cui si potrebbe indurre che considerano l'ipoteca come convenzionale, in conseguenza della specializzazione che deve esserne fatta. Così si dice che il consiglio di famiglia *prende* ipoteca, o che l'ipoteca è da esso *costituita*. La legge dice che la moglie *stipula* un'ipoteca nel suo contratto di matrimonio (art. 64 e 66). Tutte queste espressioni sono inesatte. Quando la legge accorda un'ipoteca, non si tratta più di *prenderla*; essa esiste di pien diritto. Il consiglio di famiglia non la *costituisce*, la specializza. La moglie non *stipula* ipoteca, perchè la stipulazione implica una convenzione, e l'ipoteca è stabilita dalla legge, senza convenzione alcuna. La verità si è che l'ipoteca legale non diviene efficace che coll'inscrizione: e non può essere inscritta che dopo essere stata specializzata, ma questa specializzazione non cambia la natura dell'ipoteca, essa resta ciò che è per sua essenza, legale. Si concepisce che un'ipoteca sia ad un tempo legale e convenzionale, quando l'ipoteca è legale, nel senso che esiste senza convenzione?

280. Insistiamo sull'esattezza del linguaggio, perchè è raro che il linguaggio inesatto non conduca ad idee erronee. Così un interprete della legge belga arriva fino a dire che l'ipoteca legale del minore è convenzionale, perchè il tutore la consente,

---

(1) Cfr. Martou, t. II, p. 368, n. 785.

sia espressamente, sia tacitamente (1). L'errore è palpabile. Non è vero che il tutore consente l'ipoteca, perchè essa esiste di pien diritto in forza della legge. Non è nemmeno vero ch'egli consenta alla specializzazione. È il consiglio di famiglia che specializza l'ipoteca del minore; la legge dice soltanto che il tutore deve essere *sentito* o *chiamato*. Risponda il tutore o non risponda all'appello, lo voglia o non lo voglia, il consiglio di famiglia specializzerà l'ipoteca, perchè la legge gliene fa obbligo. Anche quando il tutore è sentito, egli non consente. Quello che lo prova si è che, dopo essere stato sentito, egli può fare opposizione alla deliberazione (art. 50 e 51), e, malgrado la sua opposizione, il tribunale può mantenere la deliberazione del consiglio di famiglia. Così, non solo l'ipoteca non è convenzionale, ma non lo è nemmeno la specializzazione. Non basta. Anche quando l'ipoteca fosse specializzata con convenzione, come si fa per l'ipoteca della moglie in dipendenza della dote e delle convenzioni matrimoniali, l'ipoteca non cesserebbe di essere legale, perchè le convenzioni delle parti non possono modificare l'essenza di un diritto che è d'ordine pubblico.

281. L'autore che ci permettiamo di censurare confronta il consiglio di famiglia ad un notaio che riceve un contratto d'ipoteca (2). È una conseguenza del primo errore ed un nuovo errore. Il notaio interviene per dare autenticità alla convenzione che costituisce l'ipoteca, mentre il consiglio di famiglia interviene per specializzare l'ipoteca, adempiendo una missione affidatagli dalla legge. Non si può assimilare l'ipoteca legale specializzata dal consiglio ad un'ipoteca convenzionale che, per esistere, deve essere ricevuta in forma autentica. Quando un diritto esiste in forza della legge, non si tratta più di forma. L'ipoteca legale non è un atto solenne: sarebbe questa una contraddizione in termini. La solennità dell'ipoteca consiste nella manifestazione autentica del consenso e l'ipoteca legale esiste senza consenso. Non vi è alcuna analogia fra la parte del notaio e quella del consiglio di famiglia. Il notaio non è chiamato a specializzare; egli redige le convenzioni delle parti. Sono queste che devono indicare l'importo del credito per la sicurtà del quale è costituita l'ipoteca, e determinare i beni che sono dall'ipoteca colpiti. La missione del consiglio di famiglia è tutt'altra. Esso agisce come autorità investita di un potere, potere che è anche un peso, come lo sono tutti i poteri esercitati per un interesse pubblico. Infatti, il consiglio di famiglia non interviene soltanto nell'interesse del minore, per dare efficacia alla sua ipoteca; esso interviene anche nell'interesse dei terzi, e, quindi, per un interesse sociale, perchè è nell'interesse della società che la legge ha stabilito i principii di specialità e di

(1) Cloes, *Commentario*, t. II, p. 173, note, p. 186, e *passim*.
(2) Cloes, *Commentario*, t. II, p. 293, e *passim*.

pubblicità, ed è pure per un interesse sociale che le ipoteche legali devono essere specializzate e rese pubbliche.

Queste nozioni sono teoriche, ma la teoria governa la pratica e non si è mai sicuri che un errore sui principii anche più elementari non conduca ad un errore nell'applicazione della legge. Ne abbiamo dati molti esempii nel corso del nostro lavoro.

N. 1. — Da chi e quando l'ipoteca legale è specializzata?

282. Il consiglio di famiglia è chiamato a specializzare l'ipoteca legale del minore, dell'interdetto e, per conseguenza, dell'alienato. Nel sistema del codice Napoleone, il consiglio di famiglia è incaricato di vegliare agli interessi del minore, e siccome la specializzazione si fa nel di lui vantaggio, è sembrato naturale d'incaricare il consiglio della cura di tutelare i diritti del minore. Il tribunale interviene ugualmente, sia sull'opposizione fatta contro le deliberazioni del consiglio di famiglia (art. 51), sia per omologarle (art. 60). Esso esercita anche una sorveglianza sull'azione dei consigli di famiglia e dei giudici di pace che li presiedono. Questo intervento dell'autorità giudiziaria per la conservazione dei diritti appartenenti ai minori è un elemento essenziale del nostro sistema ipotecario. A nostro avviso è la sola garanzia reale che assicuri l'efficacia dell'ipoteca che la legge accorda agli incapaci. Non bisogna contare sui consigli di famiglia. L'ignoranza, da una parte, e, dall'altra, una colpevole indifferenza paralizzano la loro azione. Veramente, essi sono presieduti da un magistrato, ma è a temersi che anche i giudici di pace non mettano nell'esercizio delle loro funzioni lo zelo che è necessario per illuminare le famiglie e per stimolare la loro attività. Il legislatore ha dunque operato saggiamente ponendo i consigli e i giudici di pace sotto la direzione dei tribunali. Spetta al Governo vegliare a che questa sorveglianza divenga una realtà. La pubblicità sarebbe un mezzo potente per raggiungere lo scopo. Si fa ogni anno un'inchiesta sull'esecuzione della legge. Si renda pubblica questa inchiesta, s'indichino i tribunali che non adempiono ai loro doveri, ricorrendo, ove sia uopo, al potere disciplinare delle Corti d'appello.

283. L'ipoteca legale dei minori non produce effetto se non è inscritta, ed è l'inscrizione che determina il suo grado. Importa dunque che l'inscrizione si faccia prima che il tutore entri in gestione, perchè, dopo che amministra, egli può compromettere gli interessi del minore e, per conseguenza, questi deve avere una garanzia, dall'istante in cui la gestione tutelare comincia. Tale è il sistema della legge. Essa vuole che l'ipoteca sia specializzata al momento della nomina del tutore; o prima ch'egli entri nel pieno esercizio della tutela (art. 49), e vieta al tutore d'ingerirsi nella gestione prima che sia presa l'inscrizione

(art. 52). Ritorneremo più avanti sull'inscrizione. Pel momento non si tratta che della specializzazione. Essa è necessaria perchè possa farsi l'inscrizione, e quindi bisogna che l'ipoteca sia specializzata il più presto possibile. Se la tutela è dativa, il consiglio deve specializzare l'ipoteca nella stessa seduta in cui procede alla nomina del tutore. Tale è la disposizione espressa dalla legge, ma può avvenire che la sua esecuzione sia impossibile. Se il tutore non è sul luogo, o propone delle scuse, il consiglio si troverà nell'impossibilità di procedere alla specializzazione perchè il tutore deve essere sentito (art. 50) sotto pena di nullità. In questo caso, occorre una nuova riunione del consiglio di famiglia. Il giudice di pace veglierà a che l'assemblea fissi la sua seduta nel più breve termine.

Il più delle volte la tutela sarà legittima, sia quella del genitore superstite, sia quella degli ascendenti. La tutela può essere deferita anche dall'ultimo dei genitori che muore. In questo caso, la legge vuole che il consiglio di famiglia specializzi l'ipoteca del minore prima che il tutore entri in esercizio. Bisogna dunque ch'esso sia convocato a tal'uopo. A termini dell'articolo 421 del codice Napoleone, il tutore legittimo o testamentario deve, prima di entrare in funzioni, far convocare il consiglio di famiglia per la nomina d'un protutore. Questo stesso consiglio dovrà procedere alla specializzazione dell'ipoteca.

284. L'efficacia dell'ipoteca del minore dipende dalla specializzazione. Importa dunque assicurare la convocazione del consiglio di famiglia prima che il tutore entri in gestione. Chi convocherà il consiglio? La legge ipotecaria tace su questo punto. Essa si rimette per ciò stesso al diritto comune. A termini dell'art. 406, il consiglio di famiglia è convocato dietro richiesta e a diligenza dei parenti del minore, dei suoi creditori o d'altre parti interessate od anche d'ufficio e sulla richiesta del giudice di pace del domicilio del minore. Allo scopo d'avvertire il giudice di pace della necessità di convocare il consiglio, la legge soggiunge che ogni persona potrà denunciargli il fatto che dà luogo all'apertura della tutela. 'E specialmente quando si tratta di specializzare l'ipoteca legale che il giudice di pace deve prendere l'iniziativa. I terzi possono essere interessati a che l'inscrizione non si faccia, poichè un'ipoteca non inscritta non può essere loro opposta, e sui parenti non bisogna contare.

Si domanda se il procuratore del re possa chiedere la convocazione del consiglio. Il progetto di legge gli dava questo diritto, ma la disposizione è stata tolta, senza dubbio perchè l'art. 406 pareva sufficiente. Ora, il procuratore del re non è compreso fra le persone che possono chiedere la convocazione del consiglio di famiglia (vol. IV, n. 453) (1), e bisogna confessare che raramente gli ufficiali del pubblico ministero si trovano in grado di cono-

(1) Vi sono stati pareri contrarii (TIMMERMANS, p. 28, nota 55).

scere il fatto che darebbe loro il diritto d'intervenire, mentre i giudici di pace sono sul luogo, o vengono informati dell'apertura delle tutele, che dà loro il diritto e impone loro l'obbligo di agire.

285. La legge vuole che l'ipoteca sia specializzata ed inscritta prima che il tutore entri in gestione. Disgraziatamente la legge non è sempre eseguita. Il tutore amministra senza che vi sia nè specializzazione nè inscrizione. Si domanda se questi atti saranno validi a riguardo dei terzi. La legge non pronuncia la nullità. L'art. 49, che tratta della specializzazione, dice semplicemente che il consiglio vi deve procedere « prima che cominci l'esercizio della tutela », non dice quale sarà il valore degli atti d'amministrazione del tutore se l'ipoteca non è specializzata, e non proibisce nemmeno al tutore d'agire. L'art. 52 contiene questo divieto nel caso che il tutore non prenda l'inscrizione, il che suppone che l'ipoteca sia stata specializzata. « Se il tutore s'ingerisce nell'amministrazione prima che sia stata adempita questa formalità, il consiglio di famiglia potrà togliergli la tutela ». Così la legge pronuncia una sanzione. Non è la nullità dell'atto, ma la destituzione del tutore, ed anch'essa è facoltativa. Ne consegue che gli atti d'amministrazione sono validi.

I lavori preparatorii confermano questa interpretazione, benchè lascino un lieve dubbio. Secondo il progetto sottoposto alla camera, gli atti compiuti dal tutore erano nulli a riguardo dei terzi. La commissione speciale dice che il tutore è senza veste finchè non ha dato al minore le garanzie legali della fedeltà della propria gestione. Questa disposizione scomparve in conseguenza d'un cambiamento di redazione proposto dal ministro della giustizia, il che pare decisivo. Ecco il motivo di dubitare. Il relatore della commissione, conformandosi agli emendamenti del ministro, dichiarò che questi cambiamenti non riguardavano che la relazione, che la legge restava la stessa. Se ne conchiuse che il sistema proposto dalla commissione deve ricevere la sua applicazione. Questo ci pare inammissibile. Le parole del relatore non possono tener luogo d'una disposizione che non esiste e che, anzichè essere adottata, è stata tolta. Si può lamentare che lo sia stato (1). Sarebbe stata la sanzione più energica del sistema di specialità e di pubblicità introdotto dalla nuova legge.

N. 2. — **Della deliberazione del consiglio di famiglia.**

286. L'art. 50 dispone: « La deliberazione del consiglio di famiglia sarà motivata ». Per regola generale, il consiglio non deve motivare le sue decisioni, anche quando hanno mestieri di essere

(1) MARTOU, t. II, p. 366, n. 799. In senso contrario, CLOES, t. II, p. 169, numeri 1174 e 1175.

omologate. Perchè la legge fa eccezione quando si tratta della specializzazione dell'ipoteca? La commissione speciale risponde « che importa che il consiglio di famiglia non si determini se non dopo maturo esame e con piena cognizione di causa ». Diremo più avanti come i consigli di famiglia siano troppo proclivi a decidere che non sarà presa alcuna inscrizione. Potrebbe anche darsi che un consiglio si mostrasse troppo rigoroso pel tutore esigendo una garanzia eccessiva. In ogni ipotesi, è bene che il consiglio sia costretto a motivare la sua decisione. Si indietreggia davanti ad una cattiva decisione quando si è obbligati a motivarla, e quando, bisogna aggiungere, si sa che un'autorità superiore ha il potere di controllarla. Ora, le deliberazioni sulla specializzazione sono soggette ad opposizione. È una ragione di più per esigere che le deliberazioni siano motivate. Il relatore della camera ne ha fatto l'osservazione (1).

La deliberazione deve essere motivata sotto pena di nullità? L'affermativa non è dubbia. È il caso d'applicare il principio delle nullità virtuali. Vi è nullità virtuale, in virtù dell'intenzione del legislatore, quando una formalità è sostanziale, e, nella specie, la legge vuole che la deliberazione sia motivata, per eccezione al diritto comune, affine d'assicurare la conservazione dei diritti del minore. Ora, ogni disposizione che tende a questo scopo deve essere considerata come sostanziale. Resta a sapere quale sia il carattere della nullità. Questa è stabilita specialmente nell'interesse del minore, ma anche in quello del tutore. Essi soli possono dunque invocarla, e devono farlo, facendo opposizione contro la deliberazione. Se la deliberazione non è impugnata, diviene irrevocabile, e, in tal caso, non può più essere questione di domandarne la nullità per mancanza di motivi (2).

Basta che il consiglio dia un motivo qualunque perchè la sua deliberazione sia valida? No, certo. Se la legge vuole che la decisione sia motivata, è precisamente perchè il consiglio non si decida che in base a ragioni serie. Il tribunale, in caso d'opposizione, potrà dunque annullare la deliberazione, se non è sufficientemente motivata (3).

287. L'art. 883 del codice di procedura dispone: « Ogni qualvolta le deliberazioni del consiglio di famiglia non saranno unanimi, si dovrà menzionare nel processo verbale il parere di ciascuno dei membri che lo compongono ». Questa disposizione è applicabile alla deliberazione che specializza l'ipoteca legale del minore? Gli interpreti della legge ipotecaria insegnano l'affermativa (4), che non ci pare dubbia. L'art. 883, concepito nei ter-

(1) Relazione della commissione speciale (PARENT, p. 23). LELIÈVRE, *Relazione* (PARENT, p. 133).
(2) MARTOU, t. II, p. 379, nn. 797 e 798; CLOES, t. II, p. 183, n. 1195.
(3) Liegi, 12 luglio 1871 (*Pasicrisie*, 1871, 2, 370).
(4) MARTOU, t. II, p. 380, n. 800; CLOES, t. II, p. 182, n. 1192.

mini più generali, si applica ad ogni deliberazione del consiglio di famiglia. L'art. 50 della legge ipotecaria non vi deroga, poichè prescrivere che il consiglio motivi la sua decisione vuol dire che la decisione della maggioranza sia motivata, il che non impedisce che siano dati i motivi di ciascuno dei membri. 'E una garanzia di più pel minore nell'affare più importante di cui il consiglio abbia ad occuparsi. Le ragioni esposte da ciascun membro serviranno ad illuminare il tribunale, in caso d'opposizione.

288. L'art. 50 prescrive una seconda condizione per la validità della deliberazione relativa all'ipoteca legale. Il tutore deve essere sentito o chiamato. La sua presenza è necessaria, perchè egli è parte in causa. La legge vuole che l'ipoteca sia specializzata per riguardo al credito del debitore. Bisogna dunque ch'egli possa discutere gli elementi della specializzazione, provare, se vi ha luogo, che il consiglio fissa ad una somma troppo elevata l'importo del regresso che il minore potrà avere contro di lui, o che il consiglio vuol prendere inscrizione sopra un numero d'immobili maggiore del necessario ad assicurare una piena garanzia al minore. Il tutore deve essere sentito anche nell'interesse del pupillo. D'ordinario è il più prossimo parente. Egli potrà far conoscere al consiglio la sostanza del minore ed egli solo può dare informazioni certe sugli immobili che dovranno essere colpiti d'inscrizione (1).

La legge non esige però che il tutore sia sempre sentito, essa limita questa condizione al caso previsto dal § I dell'art. 49. Il § II di questo articolo permette al consiglio di dichiarare che non sarà presa alcuna inscrizione sui beni del tutore. In questo caso, la presenza del tutore è inutile. Anche quando il consiglio decide che sarà presa un'inscrizione, la legge si contenta della chiamata del tutore. Questi non è obbligato a rispondere all'appello, nel senso che non può essere costretto ad assistere alla deliberazione del consiglio, ma viceversa il suo rifiuto non può impedire al consiglio di procedere alla specializzazione dell'ipoteca. Tutto ciò che risulterà dall'assenza del tutore si è che il consiglio, non essendo illuminato dalle sue osservazioni, potrà prendere una decisione che gli sarà pregiudizievole. Il tutore ha, in questo caso, il diritto d'opposizione.

Si domanda se la deliberazione sia nulla nel caso che il tutore non fosse stato chiamato. La sua presenza è richiesta specialmente nel suo interesse, e in questo senso la formalità è sostanziale. Il tutore potrà dunque domandare la nullità della deliberazione, provando che il consiglio ha leso i suoi diritti esagerando la garanzia ipotecaria, sia quanto all'importo del credito eventuale del minore, sia quanto agli immobili sui quali esso ha ordinato di prendere inscrizione. Se il tutore non ha sofferto alcun danno per non esser stato sentito, è sottinteso

(1) D'Anethan, *Relazione* (Parent, p. 415).

che non potrà chiedere la nullità. È il caso di dire col vecchio adagio « *pas de nullité sans grief* » (1).

289. La deliberazione del consiglio che specializza l'ipoteca deve essere omologata? No, il codice non esige l'omologazione, e sta il principio che le deliberazioni dei consigli di famiglia non devono essere omologate che nei casi determinati dalla legge. Essa la prescrive quando si tratta di ridurre le garanzie per causa d'eccesso (art. 60), ma non assoggetta all'omologazione la deliberazione che specializza l'ipoteca. Il legislatore ha pensato che basta il diritto d'opposizione a tutelare gl'interessi del minore, e che, per conseguenza, l'omologazione avrebbe recato inutili spese. Bisogna evitare di recar danno agli interessi del minore per volerli troppo garantire (2).

290. L'art. 51 permette alle parti interessate di far opposizione contro la deliberazione del consiglio di famiglia che ha specializzato l'ipoteca legale del minore. 'E questo il diritto comune. Per massima, ogni deliberazione del consiglio può essere impugnata mediante l'opposizione (codice di proc., art. 883). Era necessario ammettere l'opposizione specialmente in una materia in cui vi è a temere, come diceva il ministro della giustizia, che il consiglio sacrifichi gli interessi del minorenne alla tema di offendere il tutore. Potrebbe anche darsi che il consiglio cadesse nell'eccesso contrario, per spirito d'ostilità contro di lui. Occorreva dunque, in tutti i casi, il controllo di un'autorità superiore ed imparziale per sua essenza (3). Il ricorso si esercita mediante l'opposizione e non mediante l'appello perchè le decisioni del consiglio di famiglia non sono sentenze. Questo modo di procedere permette un nuovo ricorso, l'appello contro la sentenza pronunciata sull'opposizione.

L'art. 51 indica i motivi pei quali si può fare opposizione, cioè l'insufficienza o l'eccesso delle garanzie. Nella prima ipotesi, l'opposizione ha per oggetto di ammetterle, e nell'altra, di farle ridurre. Può darsi anche che il consiglio di famiglia, usando della facoltà che gli accorda l'art. 49, decida che non sia caso di prendere inscrizione sui beni del tutore. Va da sè che può esser fatta opposizione contro questa deliberazione. L'opposizione è di diritto comune: non vi ha decisione più pericolosa pel minore di quella che gli toglie ogni garanzia, e, come diremo più avanti, questo è pur troppo il partito che i consigli di famiglia sono maggiormente disposti a prendere.

291. Chi può fare opposizione? L'art. 51 enumera le persone interessate che hanno diritto di fare opposizione contro la deliberazione del consiglio che ha specializzato l'ipoteca. Anzitutto

(1) Martou, t. II, p. 382, n. 803.
(2) Sentenza del tribunale di Bruxelles del 2 giugno 1855 (*Belgique judiciaire*, t. XIII, p. 932); Martou, t. II, p. 382, n. 803 *bis*.
(3) Seduta del 7 febbraio 1851 (Parent, p. 319 e seg.).

il tutore. Egli ha interesse e diritto ad impugnare la decisione se accordò al minore una garanzia eccessiva. Una simile decisione viola lo spirito della legge, perchè, ordinando di specializzare l'ipoteca, la legge ha avuto per scopo di proporzionare la garanzia ipotecaria all'interesse reale del minorenne. L'opposizione del tutore tendendo a far ridurre le garanzie determinate dal consiglio di famiglia, la domanda deve essere fatta contro il protutore. 'E questa l'applicazione del principio stabilito dall'art. 420 del codice Napoleone, a termini del quale le funzioni del protutore consistono nell'agire per gli interessi del minore, quando si trovano in contrasto con quelli del tutore.

Il tutore potrà fare opposizione se, al momento della deliberazione, aveva aderito alla decisione che venne presa? Si insegna la negativa, ed a ragione. Non già che la specializzazione sia un contratto e che occorra il consenso del tutore per procedervi. La legge dice che il consiglio specializza e che il tutore sarà sentito. Il tutore deve dunque contestare, se vi ha interesse. Se approva, non può più ritornare sul proprio fatto. La sua decisione potrebbe anche essere tacita, come accade di qualunque manifestazione di volontà (1). Quando vi sarà acquiescenza tacita? Ecco una difficoltà di puro fatto, che i giudici decidono secondo le circostanze della causa.

292. L'art. 51 dà il diritto di fare opposizione anche al protutore, come ad ogni membro del consiglio di famiglia. La loro opposizione ha naturalmente per oggetto d'accrescere le garanzie che il consiglio ha determinate a vantaggio del minore, se sembrano loro insufficienti. A maggior ragione potranno impugnare la deliberazione colla quale il consiglio ha dichiarato di non prendere alcuna inscrizione sui beni del tutore. L'opposizione è fatta contro il tutore. Questi è la parte principalmente interessata, poichè la domanda tende ad aggravare la sua situazione ipotecaria.

Si dovrà applicare al protutore ed ai membri del consiglio di famiglia quanto abbiamo detto del tutore che ha fatto acquiescenza alla deliberazione? (n. 291). La giurisprudenza decide che i membri del consiglio non sono vincolati dal parere che hanno dato nella deliberazione (2). Essi non agiscono in proprio nome, nè nel loro interesse, come il tutore che è parte in causa: il loro dovere è di garantire i diritti del minore. Se si sono ingannati e se, meglio illuminati, vogliono recedere da un errore che sarebbe dannoso al minorenne, la legge deve offrirne loro il mezzo. Anzi essa dice in termini assoluti che ogni membro del consiglio può fare opposizione.

293. Il giudice di pace può fare opposizione? Al titolo della *Tutela* abbiamo deciso la questione negativamente in termini generali. Per le deliberazioni del consiglio di famiglia sulla spe-

---

(1) Martou, t. II, p. 383, n. 806.
(2) Vedi la giurisprudenza in Martou, t. II, p. 384, n. 808.

cializzazione dell'ipoteca legale, vi ha un testo speciale. L'art. 51 accorda ad *ogni membro* del consiglio il diritto di fare opposizione. Ora, il giudice di pace è membro in forza della legge. Egli è dunque compreso nel testo, e lo spirito della disposizione non lascia alcun dubbio. Secondo la nostra opinione, l'intervento attivo del giudice di pace è la più valida garanzia pel minore, e troppo sovente la sola. Non bisogna dunque restringere i suoi poteri. Questa considerazione prevale su quella che abbiamo esposta, al titolo della *Tutela*, secondo gli autori francesi. Il giudice di pace deve senza dubbio rimanere estraneo alle passioni che agitano il consiglio di famiglia, ma quando la maggioranza non tutela i diritti del minore, non deve esitare a prendere partito in di lui favore. Tale è anche l'interpretazione che d'Anethan, relatore della commissione del senato, ha dato alla legge (1). La dottrina e la giurisprudenza belga l'hanno consacrata (2).

294. L'opposizione deve essere fatta entro otto giorni (art. 51). È questo un termine brevissimo. La legge vuole che la garanzia del minore sia fissata il più presto possibile. Ciò è necessario specialmente quando la garanzia è insufficiente, e se è eccessiva, importa al tutore che la riduzione si faccia subito, perchè il suo credito soffre danno dall'inscrizione che sarà presa sui suoi beni in forza della deliberazione del consiglio. L'opposizione, secondo l'art. 51, non è sospensiva. La legge non poteva ammettere la sospensione, poichè ne sarebbe risultato che il tutore non avrebbe potuto esercitare la tutela, ogni gestione essendogli vietata finchè l'ipoteca non sia inscritta (art. 52).

Il termine di otto giorni decorre a partire dalla deliberazione. Esso si calcola come tutti i termini, vale a dire che gli otto giorni devono essere completi. Non si conta dunque nel termine il giorno in cui è stata presa la deliberazione. Tal'è il diritto comune. Il *dies a quo* non è compreso nel termine e il *dies ad quem*, ossia l'ultimo giorno del termine, appartiene intieramente alla parte interessata per procedere all'atto che deve essere compiuto entro un dato termine. Avremo occasione di ritornare sul principio trattando della rinnovazione dell'inscrizione ipotecaria.

Si domanda se il termine di otto giorni sia applicabile al tutore che, debitamente chiamato, non ha assistito alla deliberazione. Il silenzio della legge decide la questione. L'art. 51, che stabilisce la durata del termine, menziona il tutore, e lo assimila al protutore ed ai membri del consiglio di famiglia. Non vi era alcuna ragione di fare un'eccezione in suo favore. Egli è stato chiamato. Se non fu presente alla convocazione, la più semplice prudenza gl'impone di informarsi della decisione che sarà stata presa. In questo senso la legge fu spiegata,

---

(1) PARENT, p. 505.
(2) MARTOU, t. II, n. 808, p. 384. Cfr. le sentenze citate da TIMMERMANS, p. 25, nota 47.

durante la discussione, dal relatore e dal ministro della giustizia. Deve ritenersi che il tutore, dice Lelièvre, il quale è stato chiamato abbia conoscenza della deliberazione del consiglio di famiglia, e quindi il termine decorre contro di lui. L'interesse dei minori esige necessariamente questa misura. D'altra parte, la legge lo informa ch'egli ha soltanto otto giorni per fare opposizione, e quindi non vi era alcuna ragione per prolungare il termine (1).

295. L'art. 51 § III dispone: « Il tribunale statuirà come in *materia urgente* ». Quest'ultima espressione, dice Lelièvre nella sua relazione alla camera, indica chiaramente che si tratta di un affare sommario. È l'applicazione dell'art. 884 del codice di procedura, a termini del quale l'opposizione contro le deliberazioni del consiglio di famiglia è giudicata sommariamente. Le materie sommarie, dice l'art. 405, sono decise all'udienza, scaduti i termini della citazione, sopra un semplice atto, senza altre procedure nè formalità. Non entriamo in dettagli che non sono di nostra competenza.

296. L'art. 51 soggiunge che il tribunale statuisce « dopo aver sentito il procuratore del re e in suo contraddittorio » Il pubblico ministero deve sempre essere sentito in materia di tutela, ma secondo il diritto comune, esso non è parte negli affari civili. L'art. 51 deroga a questo principio disponendo che il tribunale statuisce in *contraddittorio* del procuratore del re, vale a dire ch'esso è parte principale, al pari dell'opponente e di colui contro il quale l'opposizione è rivolta (2). Ciò prova l'importanza che la legge attribuisce alla specializzazione dell'ipoteca legale. Questa non concerne soltanto il minore ed il tutore; bensì è impegnato nella questione l'interesse pubblico, perchè è nell'interesse pubblico che la legge ha sottoposto l'ipoteca legale ai principii di specialità e di pubblicità, pur volendo tutelare i diritti dei minori. Si tratta dunque di conciliare interessi diversi e sovente opposti. Ecco perchè il pubblico ministero, che rappresenta la società, è parte nella controversia.

Ne consegue che il pubblico ministero può, al pari delle altre parti, interporre appello (codice di proc., art. 889) e ricorrere in cassazione. Vi ha una sentenza della Corte suprema del Belgio in questo senso, e la questione non è dubbia. Quando la causa richiede soltanto il parere del pubblico ministero, questi ha esaurito la propria missione prendendo la parola sia per contraddire le conclusioni delle parti, sia per appoggiarle; mentre quando è parte in causa, può agire d'ufficio ed introdurre, come parte principale e contraddittore legale del tutore, quelle domande che giudica utili nell'interesse degli incapaci. La conse-

(1) Seduta della Camera del 26 febbraio 1851 (PARENT, p. 386). MARTOU, t. II, p. 385, n. 812. In senso contrario, BECKERS, *Delle ipoteche legali*, p. 65, n. 46.
(2) MARTOU, t. II, p. 388, n. 815; CLOES, t. II, p. 190, n. 1208.

guenza di questo principio è evidente per quanto riguarda il diritto d'appello, e, relativamente al ricorso per cassazione, il pubblico ministero ha il diritto di farlo, non solo nell'interesse della legge, il che è di diritto comune, ma anche nell'interesse del minore, di cui è il rappresentante e il protettore legale (1).

N. 3. — Specializzazione dell'ipoteca legale.

297. L'ipoteca legale del minore deve essere specializzata. Bisogna dunque applicare il principio della specialità quale fu stabilito dalla legge per l'ipoteca convenzionale. A termini dell'art. 78 (codice civile, art. 2129), non è valida l'ipoteca se non dichiara *specialmente* la natura e la situazione di ciascuno degli immobili che il debitore consente a ipotecare per garanzia del credito, e l'art. 80 (codice civile, art. 2132) dispone che l'ipoteca convenzionale non è valida se non in quanto la somma per cui essa venne consentita sia determinata nell'atto. L'ipoteca deve dunque essere speciale quanto al credito e quanto ai beni vincolati al pagamento del medesimo. Riesce facilissimo specializzare l'ipoteca convenzionale, poichè il credito è di regola liquido, e quando non lo sia, la liquidazione può farsi su basi certe. Non così dell'ipoteca legale del minore. Essa deve essere specializzata prima che il tutore entri in gestione, in un tempo in cui non si conosce nè la cifra esatta della sostanza del minore, nè il credito che egli potrà avere come tale e in forza della gestione tutelare, contro il suo tutore. Come si può determinare, in simili circostanze, la somma per la quale sarà presa inscrizione? E se la somma è indeterminabile, diviene per ciò stesso impossibile indicare gli immobili. Diremo come la legge belga abbia risolto la difficoltà.

298. L'art. 49 reca che il consiglio di famiglia fisserà la somma per la quale sarà presa inscrizione avuto riguardo al patrimonio dei minori. 'E certo che la garanzia ipotecaria deve essere proporzionata alla sostanza dell'incapace che si tratta di tutelare. Ma come mai il consiglio di famiglia conoscerà la cifra di questa sostanza? Esso delibera in un momento in cui il tutore non è ancora entrato in funzioni. Non vi ha inventario. Il consiglio dovrà dunque rimettersi alla conoscenza più o meno imperfetta che i suoi membri ed il tutore hanno dei beni del minorenne. Ciò è assai vago, e, per conseguenza, la fissazione della somma per la quale verrà presa inscrizione sarà necessariamente inesatta. Sia l'errore grave o poco considerevole, il consiglio, quando sarà meglio informato, dovrà prendere una nuova deliberazione, per aumentare la somma o diminuirla.

---

(1) Cassazione, 19 marzo 1874 (*Pasicrisie*, 1874, 1, 92).

299. L'art. 49 dice, in secondo luogo, che il consiglio di famiglia avrà riguardo alla natura dei valori di cui si compone il patrimonio del minore, vale a dire che la somma da fissarsi dal consiglio varierà a seconda che la sostanza del minore sarà mobiliare o immobiliare. La ragione si è che il tutore non può disporre dei beni immobili del suo pupillo senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia e l'omologazione del tribunale. Se non osserva queste formalità, gli atti che fa sono nulli. L'azione di nullità sarà già una garanzia pel minore. Gli è altrimenti degli effetti mobiliari. Secondo l'opinione generalmente seguita, il tutore può disporne, e quand'anche si ammettesse, come abbiamo insegnato, che il tutore non ha il diritto di disposizione, i terzi possessori di buona fede sarebbero al coperto dell'azione di rivendicazione, almeno relativamente ai mobili corporali. Rimandiamo, per quanto riguarda la difficoltà di principio, al titolo della *Tutela*. Qualunque opinione si adotti, è certo che il tutore, supposto che sia di mala fede, può facilmente distrarre e dilapidare la sostanza mobiliare del suo pupillo, mentre, se il piatrimonio è immobiliare, non può danneggiarlo che con una cat tva amministrazione. Ne consegue che la garanzia immobiliare deve essere nel primo caso maggiore che nel secondo.

300. Il consiglio di famiglia deve tener conto delle successioni alle quali il minore è chiamato come erede presuntivo? No, a nostro avviso, perchè queste successioni non sono che una speranza, e la legge parla della *sostanza* del minore, ossia dei beni che egli possiede al momento della specializzazione dell'ipoteca. Il testo medesimo della legge è inapplicabile ai beni futuri, perchè l'art. 49 vuole ad un tempo che il consiglio abbia riguardo alla sostanza ed alla *natura* dei valori di cui essa si compone. E come mai il consiglio può prevedere se il minore raccoglierà mobili od immobili nelle successioni alle quali sarà chiamato? La legge prevede implicitamente l'ipotesi, permettendo al consiglio d'esigere un'inscrizione supplementare nel caso in cui le garanzie date ai minori dalla prima deliberazione divenissero insufficienti (art. 58). Vi è senza dubbio un pericolo pel minore nella necessità di queste ripetute deliberazioni, l'esperienza dimostrando che si stenta già molto ad ottenere una prima deliberazione; ma la legge non poteva evitare questo pericolo che prescrivendo garanzie per tutelare una sostanza che il minore non ha ancora. Ciò avrebbe condotto a gravare i beni del tutore d'inscrizioni per garanzia di crediti che non esistono, il che sarebbe contrario ai principii. Vedremo come la legge permetta di prendere inscrizione per le eventualità della gestione tutelare, eventualità che forse non si realizzeranno mai. È una deroga ai principii, e per ciò appunto non si può estenderla per via analogica (1).

---

(1) Cfr. MARTOU, t. II, p. 375, n. 790. L'autore dice che sarebbe *inopportuno*

301. L'art. 49 vuole, in terzo luogo, che il consiglio di famiglia abbia riguardo alle eventualità della responsabilità del tutore. Secondo l'art. 450, il tutore risponde dei danni ed interessi che potrebbero risultare da una cattiva gestione. Abbiamo detto più sopra (nn. 272-274) quali sono le cause di responsabilità che danno al minore un credito garantito dall'ipoteca legale. Trattasi di un diritto essenzialmente eventuale, anzi le azioni del minore contro il tutore per cattiva amministrazione sono vere eccezioni. La legge permette dunque di gravare d'inscrizione i beni del tutore per assicurare il pagamento di crediti che forse il minore non avrà mai. 'E questo un male, poichè simili inscrizioni compromettono il credito del tutore, ma un male inevitabile. Infatti, l'inscrizione per essere efficace, deve essere anteriore alla gestione, poichè la eventuale responsabilità comincia quando il tutore entra in funzioni. Era assolutamente impossibile prendere inscrizione a misura della responsabilità incorsa dal tutore per atti di cattiva amministrazione. Bisognava dunque che l'inscrizione precedesse il credito per garantire con qualche efficacia i diritti del minore.

L'applicazione della legge deve farsi con grande circospezione. Non bisogna che il consiglio di famiglia preveda tutti i casi possibili di cattiva amministrazione. Un simile procedimento condurrebbe a gravare il tutore d'inscrizione fino a concorrenza di tutta la sostanza del minore se è mobiliare, e di una gran parte dei beni immobiliari. Non è questo che vuole la legge. Infatti, se, nell'intenzione del legislatore, l'inscrizione dovesse necessariamente garantire tutta la sostanza del minore, sarebbe stato inutile parlare delle eventualità della gestione tutelare. Esigendo che il consiglio abbia riguardo a queste eventualità, la legge decide implicitamente che l'inscrizione non deve essere presa che per una frazione della sostanza del pupillo. Per determinare questa quantità la legge indica le basi del calcolo che il consiglio deve fare. In sostanza, si tratta di un calcolo di probabilità, calcolo molto congetturale, ma la certezza in questa materia è impossibile.

302. Dopo aver stabilita la somma per la quale sarà presa inscrizione, il consiglio deve designare gli immobili sui quali l'inscrizione sarà chiesta (art. 49). Secondo lo spirito della legge il consiglio non deve prendere inscrizione che sugli immobili, i quali presentano una garanzia sufficiente per i diritti del minore, come esso li ha fissati. Bisogna dunque che il valore degli immobili risponda all'importo del credito eventuale del minore, tenendo conto, inoltre, delle possibili eventualità di diminuzione di valore e delle spese d'espropriazione. Se la garanzia, dal punto di vista della specialità degli immobili, fosse insufficiente

---

stipulare garanzie per successioni future. A nostro avviso, il consiglio non ne ha il diritto.

o eccessiva, le parti interessate potrebbero fare opposizione (n. 290).

Gli immobili devono essere designati conformemente alle disposizioni dell'art. 78 (codice civile, art. 2129). La scelta degli immobili, come pure la specializzazione suppongono che il consiglio conosca esattamente la situazione immobiliare del tutore. Esso non può ottenere questa conoscenza che mercè il tutore. Se costui vi mette malavoglia, l'esecuzione della legge sarà intralciata. Sarebbe forse bene incaricare i ricevitori del registro ed i conservatori delle ipoteche di trasmettere le informazioni ch'essi posseggono sulla sostanza del tutore nei casi in cui il consiglio ne facesse loro richiesta.

N. 4. — Dell'inscrizione.

303. La specializzazione dell'ipoteca legale è il preliminare necessario dell'inscrizione, poichè il conservatore delle ipoteche non può inscrivere che ipoteche specializzate, sulla presentazione della copia della deliberazione presa in forza dell'art. 49. Questa deliberazione tien luogo dell'atto che dà vita all'ipoteca (art. 83, codice civile, art. 2148). Per le ipoteche legali degli incapaci non vi è alcun atto, poichè esse esistono di pien diritto, ma vi è una deliberazione per quanto riguarda i minori, interdetti ed alienati. Senza questa deliberazione, nessuna inscrizione può essere presa, ed occorre una deliberazione conforme alla legge, vale a dire specializzante il credito e gli immobili. Non basterebbe dunque che la specializzazione fosse fatta nelle note e nell'inscrizione; l'inscrizione non è che la manifestazione del dirtto, è il diritto reso pubblico. Bisogna innanzi tutto che il diritto esista, e il diritto di prendere inscrizione non esiste che in forza della deliberazione del consiglio di famiglia, come per le ipoteche convenzionali il diritto d'inscrivere non esiste se l'atto non ha specializzato l'ipoteca conformemente alla legge. I terzi interessati possono chiedere la nullità dell'inscrizione e la sua radiazione quando il titolo in forza del quale essa fu presa sia nullo. Ora, in materia d'ipoteche legali, il titolo è l'atto che specializza l'ipoteca, poichè la sola specializzazione la rende efficace. Per contro, non basta che l'ipoteca sia specializzata, bisogna ch'essa sia inscritta, tutti gli effetti dell'ipoteca dipendendo dall'inscrizione. 'E questa una delle maggiori difficoltà che il legislatore belga aveva da risolvere, assoggettando l'ipoteca legale del minore al principio della pubblicità. Il creditore è incapace di vegliare ai suoi diritti. 'E ben vero che gli incapaci possono fare gli atti conservativi. La legge dice che la donna maritata può chiedere l'inscrizione della sua ipoteca legale (art. 64), e bisogna ritenere altrettanto dei minori interdetti ed alienati. Ma questa non è una garanzia. Coloro i quali non sti-

pulano ipoteche per causa della loro incapacità, non chiederanno del pari l'inscrizione dell'ipoteca legale. Bisogna dunque lasciar da parte gli incapaci. 'E quello che ha fatto il legislatore determinando le persone che devono o possono chiedere l'inscrizione.

304. « L'inscrizione sarà presa dal tutore in forza della deliberazione del consiglio di famiglia » (art. 52). Può sembrar singolare che il debitore sia tenuto a prendere inscrizione contro sè stesso ed a vantaggio del creditore, ma questo debitore è il tutore, e il creditore è il suo pupillo. Ora, il tutore ha il mandato di tutelare tutti i diritti del minore, anche quando questi diritti devono essere esercitati contro di lui. Così egli è tenuto ad esigere da sè stesso quanto deve al pupillo e, per la stessa ragione, egli deve far inscrivere l'ipoteca legale come venne specializzata dal consiglio di famiglia.

Tuttavia l'obbligazione, per quanto imperiosa, non sarebbe una garanzia contro il tutore negligente o di mala fede. La legge la sanziona con una pena: « Se il tutore s'immischia nella gestione prima che sia stata adempita questa formalità, il consiglio di famiglia, convocato sulla richiesta dei parenti o di altre parti interessate, ovvero d'ufficio dal giudice di pace, potrà togliergli la tutela ». La pena è facoltativa. Il consiglio può dunque non pronunciare la sostituzione: esso apprezzerà le circostanze. Occorre che vi sia dolo, come esige l'art. 421 in un caso analogo, o basta la semplice negligenza? La legge attribuisce un potere discrezionale al consiglio di famiglia. Esso non deve aspettare che sia recato un danno al minore dalla mancanza d'inscrizione, perchè, in questo caso, la destituzione sarebbe una misura tardiva. La legge ha per oggetto non solo di punire il tutore, ma anche di tutelare gli interessi del minorenne, sostituendo ad un tutore negligente un tutore capace e zelante (1). Ma una cosa è singolare, cioè che coloro i quali pronunciano la destituzione del tutore sono essi pure colpevoli quanto lo stesso tutore perchè spettava ai membri del consiglio ed al giudice di pace convocare il consiglio, specializzare l'ipoteca legale del minore e farla inscrivere senza l'intervento del tutore. Non bisogna contar troppo nè anche sopra questa sanzione della legge.

305. « Il protutore è tenuto, sotto la sua responsabilità personale, a vegliare a che sia validamente presa l'inscrizione sui beni del tutore, o a prenderla egli stesso » (art. 52). Sta il principio che il protutore deve agire per gli interessi del minore quando sono in opposizione con quelli del tutore (codice civile, art. 420), e tale è appunto il caso dell'inscrizione dell'ipoteca legale, il tutore essendo interessato a che i suoi beni non siano gravati d'inscrizioni ipotecarie, mentre il minore resta senza garanzia quando l'ipoteca non è inscritta. La legge dichiara il

---

(1) Vedi, in senso diverso, Martou, t. II, p. 391, n. 822; Cloes, t. II, p. 195, n. 1218, e Beckers, p. 73, n. 55.

protutore responsabile della mancanza d'inscrizione. Egli lo è verso il minore, il quale non ha azione ipotecaria contro il tutore quando l'ipoteca non è inscritta, e l'azione personale può essere inefficace. Il protutore, non avendo soddisfatto all'obbligazione che la legge gli impone, risponde del danno che ne risulta pel minore nell'interesse del quale egli doveva agire. Ne consegue che il minore, prima di esercitare questa azione di responsabilità contro il protutore, deve procedere contro il tutore, perchè è soltanto nel caso in cui il tutore sia insolvibile che la mancanza di garanzia ipotecaria reca danno al pupillo, e l'insolvibilità deve essere constatata da atti legali e dal sequestro dei beni.

306. « Il consiglio di famiglia potrà specialmente incaricare uno dei suoi membri o qualsivoglia altra persona per chiedere l'inscrizione » (art. 53). Chi ha questo incarico sarà responsabile se non lo adempie? L'affermativa non è dubbia, poichè si tratta di un mandato, ed ogni mandatario risponde dell'inadempimento di ciò che si era incaricato di fare. Bisogna naturalmente che il mandato sia accettato, poichè esso si forma mediante un concorso di consenso. Gli è così anche dei membri del consiglio, perchè essi non sono tenuti a prendere inscrizione in forza della legge; essi non vi sono obbligati che in forza della *commissione* che il consiglio dà loro, vale a dire in forza d'un mandato.

Martou consiglia di incaricare il cancelliere di prendere inscrizione, e lamenta che la legge non l'abbia fatto. Un altro interprete della legge belga obbietta che vi sono molti cancellieri incapaci. Si può domandare perchè il legislatore non imponga quest'obbligo al giudice di pace, come fa per l'ipoteca legale della moglie (art. 70). È su questo magistrato, in sostanza, che si fonda l'esecuzione della legge per quanto riguarda l'ipoteca legale del minore. Egli solo conosce la legge e l'importanza della garanzia ipotecaria pel minore, è lui che convoca il consiglio, il più delle volte d'ufficio, è lui che veglia a che l'ipoteca sia regolarmente specializzata, perchè occorre all'uopo qualche cognizione giuridica. Non era egli designato anche per prendere l'inscrizione? Per ciò pure occorre la conoscenza della legge e la pratica degli affari, giacchè è sulle note rimesse al conservatore che questi stende l'inscrizione; di modo che l'irregolarità delle note può produrre la nullità della inscrizione ipotecaria. Non era naturale affidare queste cure al magistrato che presiede il consiglio di famiglia?

307. La legge impone ai cancellieri dei giudici di pace un obbligo allo scopo di assicurare l'esecuzione della legge. « Essi non possono, sotto pena di responsabilità personale e, occorrendo, di destituzione, rilasciare alcuna copia delle deliberazioni dei consigli di famiglia, ad eccezione di quelle relative alle nomine di tutori o di protutori, o che determinano l'ipoteca prima che sia stato loro debitamente giustificato che venne presa l'inscrizione contro il tutore, per la somma e sugli immo-

bili designati dal consiglio di famiglia » (art. 54). Si potrebbe credere che questa disposizione produrrà forzatamente l'inscrizione dell'ipoteca, poichè la tutela non può funzionare se il cancelliere non rilascia copia delle deliberazioni del consiglio di famiglia. In realtà, questa garanzia sarà il più delle volte inefficace. Anzitutto essa suppone che vi siano deliberazioni di cui il tutore deve aver copia. Ora, vi hanno molte tutele nel corso delle quali il consiglio di famiglia non è chiamato a deliberare, o non prende deliberazioni di cui il tutore debba aver copia. Infatti, si tratta di deliberazioni che autorizzano il tutore a fare atti eccedenti l'amministrazione, e può darsi che nessuno di questi atti si presenti. Poi il danno che la mancanza d'inscrizione reca al minore può essere consumato nel momento in cui il consiglio delibera. Se in quel momento il tutore ha ipotecato i suoi beni, o li ha alienati, a che servirà il rifiuto del cancelliere di rilasciar copia? Ad operare una inscrizione tardiva e inefficace.

La legge dichiara il cancelliere responsabile. Bisogna applicare a questa responsabilità quanto abbiamo detto di quella del protutore (n. 305). Riguardo alla destituzione, è una minaccia che raramente sarà eseguita. Non si destituisce un funzionario per negligenza, bisognerebbe che vi fosse dolo perchè il governo si decidesse a colpire il colpevole.

L'art. 63 impone al cancelliere un'altra obbligazione, ben più importante e la cui seria esecuzione sarebbe la migliore garanzia per i minori. Ritorneremo sull'argomento.

N. 5. — Delle deliberazioni che il consiglio di famiglia può prendere per quanto riguarda l'ipoteca legale del minore.

308. Può il consiglio di famiglia rinunciare all'ipoteca legale del minore? Posta così, la questione non ha senso, perchè implica una eresia giuridica. È la legge che dà al minore un'ipoteca in forza della sua incapacità. In questo senso, l'ipoteca è d'ordine pubblico, nel significato proprio di tale espressione, perchè le leggi d'ordine pubblico sono quelle che riguardano lo stato e la capacità delle persone (vol. I, nn. 47-49). Ora, sta il principio che i privati non possono derogare alle leggi d'ordine pubblico, il che decide la nostra questione, se questione vi ha. Il consiglio di famiglia men di chicchessia può rinunciare ad una garanzia che la legge accorda agli incapaci, perchè è sua missione di vegliare a che questa garanzia sia efficace. È desso che specializza l'ipoteca, e può incaricare uno de' suoi membri di chiederne l'inscrizione. Si concepisce che l'autorità la quale è incaricata di proteggere gli incapaci li spogli d'una garanzia che essa è tenuta a realizzare? 'E inutile insistere, poichè nessuno ha mai pensato a sostenere il contrario. Se ne parliamo, è per ricordare il principio fondamentale, quantunque elemen-

tare, che vieta ai privati di derogare alle leggi d'ordine pubblico. Diremo più avanti come gli autori lo disconoscano quando si tratta dell'ipoteca legale della moglie.

309. Diversa è la questione decisa dall'art. 49: « Il consiglio di famiglia potrà, secondo le circostanze, dichiarare che non sarà presa alcuna inscrizione sui beni del tutore. Questa dichiarazione avrà effetto finchè non sarà revocata ». Vi è una differenza essenziale fra la dichiarazione che non sarà presa alcuna inscrizione e la rinuncia all'ipoteca. La rinuncia all'ipoteca ne importa l'estinzione (art. 108, 2.°, codice civile, art. 2180), mentre la dichiarazione che non sarà inscritta lascia sussistere l'ipoteca, la quale potrà sempre essere inscritta, poichè la deliberazione del consiglio è revocabile. Tuttavia, in fatto, la decisione che nessuna inscrizione sarà presa equivarrà il più delle volte ad una rinuncia. Le ragioni, buone o cattive, che hanno indotto il consiglio di famiglia a non specializzare l'ipoteca sussistendo nel corso della tutela, il consiglio non ritornerà sulla sua prima deliberazione. Ne risulterà che l'ipoteca, quantunque sussistente in teoria, sarà inefficace, poichè tutti gli effetti dell'ipoteca dipendono dall'inscrizione. La facoltà che la legge accorda al consiglio di non prendere inscrizione è dunque molto pericolosa. Perchè glie l'ha consentita? E in quali casi il consiglio deve usarne?

310. Il testo dà al consiglio la facoltà di rinunciare all'inscrizione secondo le circostanze. Ciò è molto vago. Quali sono queste circostanze? La disposizione venne proposta dal ministro della giustizia. La commissione della camera l'ha adottata e giustificata in questi termini: « Possono darsi ipotesi in cui l'inscrizione sia inutile, per esempio se il minore non possiede che immobili. D'altra parte, è possibile che il minore abbia una sostanza di così poco rilievo che il suo ben inteso interesse esiga sia evitata una misura importante spese inutili, quando il tutore presenta, del resto, per la sua posizione e la sua moralità, sufficienti garanzie. La commissione è d'avviso che bisogna lasciare, su questo punto, al consiglio di famiglia una certa larghezza di apprezzamento, tanto più che la sua deliberazione potrà sempre essere deferita al tribunale di prima istanza ».

Questa spiegazione non ci pare perfettamente esatta. 'E vero che il consiglio di famiglia debba dispensare dall'inscrizione quando la sostanza del minore è immobiliare? Certamente la legge non dice questo, ma vuole piuttosto il contrario. L'art. 49 dispone che il consiglio fissa la somma per la quale sarà presa inscrizione, avuto riguardo alla natura dei valori di cui si compone il patrimonio del minore, vale a dire secondochè esso sia mobiliare o immobiliare (n. 299). Deve dunque sempre essere presa inscrizione, consista la sostanza del minore in immobili o in mobili; soltanto la somma sarà minore nella prima ipotesi, perchè il possibile danno è minore. Accade lo stesso dell'ipoteca legale della moglie. Se essa si marita senza contratto, avrà un'ipoteca per la dote immobiliare, come diremo più avanti,

quantunque il marito non possa, più del tutore, disporre degli immobili, e ne abbia inoltre il godimento, ma è responsabile della sua amministrazione, come il tutore, e dal momento che vi è responsabilità deve esservi ipoteca (1).

Il solo caso nel quale il consiglio di famiglia deve usare della facoltà che gli accorda l'art. 49 è quando la sostanza del minore sia molto modica, e, del resto, il tutore presenti garanzie personali che rendano inutile la garanzia ipotecaria. Anche così limitata, la facoltà di dispensare dall'inscrizione è pericolosa. I consigli di famiglia ne hanno abusato. Nei primi anni susseguenti alla pubblicazione della legge, la clausola di rinuncia era quasi di prammatica, e, così interpretata, la legge meritava di essere censurata, come lo fu da un magistrato tedesco (2). Il legislatore non è responsabile della cattiva applicazione che i consigli di famiglia fanno d'una disposizione razionalissima. La garanzia può essere inutile, e quindi l'inscrizione diviene frustranea. Ma si eccede la legge e la si viola decidendo, come si fa, che non vi è luogo a prendere inscrizione perchè la sostanza del minore è immobiliare ed il tutore presenta garanzie sufficienti per la sua posizione. Quando un consiglio prende una simile deliberazione, il dovere del giudice di pace è di fare opposizione, e il dovere dei tribunali è d'eseguire la legge.

311. Molto meno ancora il consiglio di famiglia può dispensare il tutore dal fornire ipoteca pel motivo « che il tutore ispira piena fiducia ». I consigli di famiglia pensano che l'ipoteca legale è una misura di sfiducia, e che il timore che la motiva è molto fuori di posto quando il tutore, per la sua onorabilità e la sua sostanza, ispira piena fiducia. Ecco un pessimo ragionamento. La legge non si contenta di garanzie morali che potrebbero dar luogo ad amare delusioni, essa vuole una sicurtà reale, immobiliare, dal momento che il minore ha interessi da tutelare. Nel caso in cui questa deliberazione venne presa, i minori avevano una sostanza relativamente considerevole, e la solvibilità della madre tutrice era esposta a tutti i rischi del commercio. La deliberazione è stata annullata (3). Cosa singolare! La circostanza che il tutore era commerciante fu invocata da un altro consiglio di famiglia per decidere che non vi era luogo a prendere inscrizione sui suoi beni. « Atteso che il tutore deve ispirare un'assoluta fiducia, ed un'inscrizione ipotecaria non potrebbe che nuocere all'interesse dei suoi figli scuotendo il di lui credito ». Senza dubbio l'ipoteca diminuisce il credito del tutore, ma ciò non ha trattenuto il

(1) Cfr. MARTOU, t. II, p. 373, n. 788.

(2) Vedi i dettagli in TIMMERMANS, p. 13 e seg. Cfr. CLOES, t. II, p. 175, numero 1183.

(3) Sentenza del tribunale di Namur, del 21 dicembre 1871 (*Pasicrisie*, 1872, 3, 165).

legislatore. Esso ha cercato di conciliare gli interessi del tutore con quelli del minore ordinando la specializzazione. Andare oltre è eccedere la legge e violarla. Anche questa deliberazione venne annullata (1).

Noi preferiamo queste decisioni, quantunque severe, ad una sentenza della Corte di Liegi. Un consiglio di famiglia dispensò il padre tutore da ogni garanzia, fondandosi sulla sua solvibilità e la sua onorabilità ben conosciute. Sull'opposizione del giudice di pace, il tribunale mantenne la decisione. Il giudice appellò dalla sentenza, e all'appello fece adesione il procuratore del re. La Corte di Liegi riconosce che la decisione del consiglio di famiglia non era sufficientemente motivata. Bisognava dire di più. Motivata com'era, essa costituiva una violazione della legge, perchè, se il motivo banale invocato dal consiglio bastasse per rinunciare all'iscrizione, non esisterebbe più ipoteca legale. Per illuminarsi, la Corte sentì il tutore in camera di consiglio. La sentenza reca che le spiegazioni del tutore fornivano la prova della sincerità della dichiarazione fatta dal consiglio. Ma che importa? La legge non stabilisce forse una garanzia reale che in difetto d'una garanzia personale? Gli è, al contrario, perchè non tiene alcun conto delle garanzie personali che vuole una sicurtà reale. La Corte soggiunge risultare dalle stesse spiegazioni che il tutore aveva seriamente il *progetto* d'acquistare, in nome, della sua pupilla, valori immobiliari, e d'impiegare, a quest'uopo i denari proprii della minorenne fino a concorrenza d'una somma dai 500,000 ai 600,000 franchi. Se la Corte intende decidere che non vi ha luogo a prendere iscrizione quando la sostanza mobiliare è impiegata in immobili s'inganna (n. 310). La legge dice implicitamente il contrario (2). E, nella specie, non vi era anzi che un *progetto* d'acquisto. La sostanza della minorenne era dunque mobiliare al momento della deliberazione, e quindi il consiglio aveva il dovere, sotto ogni riguardo, di prendere iscrizione. Il giudice di pace aveva giustamente apprezzato la situazione facendo opposizione e interponendo appello, e la Corte avrebbe dovuto mantener forza alla legge.

312. L'art. 49 dice che la dichiarazione del consiglio recante che non vi ha luogo a prendere iscrizione è sempre revocabile. Gli è così di ogni deliberazione sull'ipoteca legale del minore. Da una parte, l'importo della somma per la quale sarà presa iscrizione dipende dalla sostanza del minore e dalla natura dei valori di cui essa si compone. Ora, la sostanza del minore può aumentare e talvolta anche diminuire, ed egualmente può cambiare la natura dei beni. Di mobiliare che era, la sostanza può divenire immobiliare, e quando gli elementi in base ai quali si determina l'estensione della garanzia ipotecaria vengono a mo-

(1) Sentenza del tribunale di Namur, del 19 luglio 1876 (*Pasicrisie*, 1876, 3, 346).
(2) Liegi, 12 luglio 1871 (*Pasicrisie*, 1871, 2, 370).

dificarsi, deve modificarsi anche l'ipoteca. La legge prevede due ipotesi, quella in cui le garanzie diventano insufficienti e quella in cui diventano eccessive. Nell'uno e nell'altro caso, vi ha luogo a ritornare sulla deliberazione primitiva, ma le condizioni sono diverse.

313. « Nel caso che le garanzie date ai minori fossero divenute insufficienti, il consiglio di famiglia *potrà* esigere o un aumento della somma che doveva garantire l'ipoteca o l'estensione di questa ipoteca ad altri immobili » (art. 58). Se la legge dice che il consiglio di famiglia *potrà* esigere un supplemento d'ipoteca, ciò non significa che sia una facoltà per lui: è un obbligo, a meno che non vi siano circostanze tali che permettano di rinunciare ad una iscrizione supplementare (n. 310). Il consiglio ha un incarico, quello di vegliare sempre agli interessi del minore. Il supplemento d'ipoteca può consistere in un aumento della somma per la quale è stata presa iscrizione, il che basterà se gli immobili non sono gravati per tutto il loro valore. Se le iscrizioni assorbissero il valore degli immobili, il consiglio dovrebbe prendere una nuova iscrizione su altri immobili del tutore.

La legge suppone che l'iscrizione primitiva divenga insufficiente in conseguenza d'un aumento di sostanza del minore. L'insufficienza può provenire anche dalla perdita o dal deterioramento degli immobili sui quali è stata presa iscrizione. In questo caso, la somma resta la stessa, ma vi ha luogo a prendere iscrizione su altri immobili del tutore. In vista di questa eventualità l'art. 58 ammette una alternativa. Nell'una delle ipotesi, bisogna aumentare la somma, mentre nell'altra, la somma restando identica, bisogna prendere iscrizione su nuovi immobili.

Vi è un'altra causa d'insufficienza che la legge non prevede e deve presentarsi sovente. Il consiglio di famiglia specializza l'ipoteca in un momento in cui non ha la cognizione esatta della sostanza del minore. L'apprezzamento che ne farà sarà necessariamente congetturale. Vi sarà, conseguentemente, insufficienza o eccesso della garanzia che stipula, e, per conseguenza, l'iscrizione dovrà essere modificata (n. 298).

Quando vi ha luogo ad estendere l'iscrizione ad altri immobili, il consiglio può trovarsi arrestato da una impossibilità. Se il tutore non possiede altri immobili, o non ne possiede che per un valore giudicato insufficiente, sarà impossibile prendere una iscrizione supplementare. Questa garanzia sarà costituita dal deposito dei capitali del minore alla cassa dei depositi. Abbiamo detto, al titolo della *Tutela*, che tale è il diritto comune, secondo la nuova legge, nel caso che il tutore non possegga immobili, o non ne possegga che sieno sufficienti per rispondere della totalità della gestione (articoli 55-57).

314. Vi è ancora un'ipotesi nella quale l'iscrizione è insufficiente fin dal principio, quando, cioè, il tutore non possedeva immobili sufficienti; e quando non ne possedeva affatto, il consiglio non ha potuto specializzare l'ipoteca. Se, in questo caso,

non sopravvengano immobili al tutore durante il corso della tutela, la legge vuole che si proceda come si è detto agli articoli 49 e seguenti, vale a dire che il consiglio di famiglia dovrà essere convocato per specializzare l'ipoteca e per vegliare a che sia presa un'iscrizione sui beni che il tutore ha acquistati, sia una prima iscrizione, sia un'iscrizione supplementare.

Secondo lo spirito della legge, il minore deve avere una garanzia reale. Quando è possibile realizzarla, il consiglio di famiglia deve essere convocato per procedere alla specializzazione 'E al tutore, naturalmente, che incombe di convocare il consiglio, ma egli è posto fra il suo interesse e il suo dovere. In questa situazione, deve agire il protutore, poichè la legge gli fa un dovere d'intervenire nei casi in cui vi sia conflitto fra il tutore e il suo pupillo (art. 420). Fu detto, nella discussione, che la legge doveva essere applicata in tal senso (1). Queste dichiarazioni, disgraziatamente, anche quando emanano dal ministro o dal relatore della commissione, non hanno alcuna autorità legale, e quando si tratta d'imporre un'obbligazione, occorre una legge. Nella specie, si può invocare la disposizione dell'articolo 420.

Se è stato fatto il deposito dei capitali del minore alla cassa dei depositi conformemente agli articoli 55 e 56, e poi sopravvengono al tutore immobili sui quali è presa sufficiente iscrizione, il deposito non ha più ragione d'essere, poichè esso non è ordinato per supplire l'ipoteca. Secondo lo spirito della legge, l'ipoteca tien luogo di ogni altra garanzia, e rende, per conseguenza, inutili le garanzie sussidiarie che la legge prescrive quando diviene possibile prendere un'iscrizione ipotecaria giudicata dal consiglio sufficiente. Tutti sono d'accordo su questo punto. Soltanto, per regolarizzare la posizione del tutore, la legge avrebbe dovuto esigere una deliberazione del consiglio che l'autorizzi a ritirare i capitali. Nel silenzio della legge, gli autori raccomandano al consiglio che specializza l'ipoteca di revocare la decisione presa riguardo al deposito alla cassa dei depositi (2).

315. L'iscrizione può anche divenire eccessiva: « Se le garanzie fornite dal tutore diventano *evidentemente eccessive* durante il corso della tutela, il consiglio di famiglia potrà, dopo aver sentito il protutore, restringere, con una deliberazione motivata, le sicurtà primitivamente richieste » (art. 60). L'iscrizione è eccessiva quando eccede la garanzia reale alla quale il minore ha diritto. L'eccesso può cadere sia sulla somma per la quale è stata presa iscrizione, sia sugli immobili gravati d'iscrizione in forza della decisione del consiglio. Vi ha eccesso quanto alla

(1) Seduta della Camera del 7 febbraio 1851 (Parent, p. 327). Cfr. Cloes, t. II, p. 211, n. 1257, e Martou, t. II, p. 411, n. 850.

(2) Martou, t. II, p. 413, n. 853; Cloes, t. II, p. 211, n. 1255.

somma se la sostanza del minorenne, sconosciuta al momento della specializzazione, è inferiore di quanto si era creduto, la successione alla quale era chiamato trovandosi onerata di debiti che nessuno si aspettava. Vi ha ancora eccesso quando il patrimonio mobile del minore è convertito in immobili e la somma per la quale fu presa iscrizione è stata stabilita secondo la natura mobiliare dei valori. Infine la sostanza del minore può diminuire per accidentalità, come un sinistro, un fallimento. Anche quando il credito eventuale del minore diminuisse vi ha luogo a ridurre l'iscrizione riguardo ai beni, se è stata presa su più immobili. Essa potrà essere ridotta in modo da lasciar liberi gli immobili che diviene inutile gravare. Il credito del tutore ne sarà aumentato senza alcun danno pel pupillo.

La legge prescrive le condizioni per la riduzione. Essa si mostra più rigorosa quando si tratta di ridurre le garanzie che quando si tratta di aumentarle. Per vero, riducendo l'iscrizione, si toglie al minore una garanzia alla quale aveva acquisito un diritto; il che non deve farsi se non quando sia dimostrato che la riduzione non porta alcun pregiudizio al minore. In questo caso, essa costituisce un diritto pel tutore, perchè egli non è tenuto a dare al pupillo una garanzia eccessiva. La legge vuole che l'ipoteca sia specializzata per proporzionare l'ipoteca alla garanzia necessaria al minore. Bisogna anzitutto che la garanzia sia *evidentemente* eccessiva, il che implica che l'eccesso sia di qualche importanza. Una lieve diminuzione di patrimonio non basterebbe per autorizzare la riduzione, perchè, da una parte, essa non aumenterebbe il credito del tutore, e, dall'altra, potrebbe divenire dannosa al minorenne nel caso che i beni ipotecati perdessero il loro valore. Occorre, in secondo luogo, che sia sentito il protutore. È il diritto comune, perchè la domanda del tutore tendente alla riduzione dell'iscrizione fa sorgere un conflitto fra lui e il pupillo, e quando vi ha opposizione d'interessi, il protutore deve intervenire per garantire il minorenne contro il tutore il quale, posto fra il suo dovere e il suo interesse, potrebbe dimenticarsi di quello. In terzo luogo, la deliberazione deve essere motivata. Ogni deliberazione concernente l'ipoteca legale del minore va motivata (n. 286); a maggior ragione deve esserlo quella che tende a diminuire la garanzia di cui egli godeva.

316. Ecco le condizioni richieste per la validità della deliberazione del consiglio di famiglia. L'art. 60 soggiunge ch'essa va sottoposta all'omologazione del tribunale. E' un'eccezione al diritto comune, fondata sulla gravità della decisione. La legge ha ragione di non fidarsi troppo dei consigli di famiglia, che troppo di sovente agiscono per considerazioni personali. Quando il legislatore ci tiene all'imparzialità, deve rivolgersi all'autorità giudiziaria. Anche i giudici potrebbero rimanere ingannati se non sentissero che i difensori del consiglio di famiglia. Per

illuminarli, la legge vuole che il pubblico ministero dia il suo avviso, e, per di più, il procuratore del re è parte in causa, perchè la legge dice che il tribunale statuirà in contraddittorio con lui. Bisogna dunque applicare quanto abbiamo detto più sopra dell'opposizione (n. 296). Si è preteso che le parole *e in contraddittorio con lui* avessero anche un'altra conseguenza, cioè che il tribunale debba pronunciare la sua sentenza in udienza pubblica. Il tribunale di Bruxelles ha respinto questa interpretazione con una sentenza egregiamente motivata (1). Sta il principio che le sentenze d'omologazione si pronunciano in camera di consiglio. Ora, la legge del 1851 tace affatto riguardo alla procedura, e per ciò stesso si rimette al diritto comune. Se dice che il tribunale deve statuire in contraddittorio col pubblico ministero, lo fa per indicare che il pubblico ministero è parte in causa; il che non ha nulla di comune colla pubblicità.

317. Il consiglio di famiglia può decidere che l'iscrizione sarà radiata per l'intiero? Supponiamo che tutta la sostanza del minore venga a perire. L'iscrizione sarà, in tal caso, ridotta o cancellata? In teoria, la soluzione non è dubbia. Il minorenne non ha diritto ad alcuna garanzia quando non può aver credito contro il tutore. Dunque se il credito eventuale ch'egli aveva svanisce, l'iscrizione non ha più ragion d'essere, e quindi il tutore ha diritto di chiederne la radiazione. Resta a sapere se la legge deroga a questi principii. Si oppone l'art. 49, a termini del quale il consiglio di famiglia può dichiarare che non sarà presa iscrizione sui beni del tutore, ma nessun testo autorizza il consiglio a far radiare l'iscrizione già presa. L'art. 60 implica, al contrario, ch'egli non ha questo diritto, poichè gli permette soltanto di *ridurre* l'iscrizione. L'argomentazione ci sembra assai debole. Bisogna anzitutto escludere l'articolo 60, che prevede il caso in cui l'iscrizione è eccessiva, mentre noi supponiamo ch'essa non abbia ragione di essere. L'art. 49 fornisce un argomento d'analogia in favore della nostra opinione. Se il consiglio può decidere che non sarà presa alcuna iscrizione, anche quando il minore possedesse qualche cosa, a maggior ragione può e deve far radiare l'iscrizione quando non vi sono più diritti da guarentire. In realtà, la legge non prevede la questione, che va quindi decisa secondo i principii. Ora, a sensi dell'art. 95 (codice civile, art. 2160), il tribunale deve ordinare la cancellazione quando l'iscrizione non è più fondata sopra alcun titolo, o, come dice la legge, quando il titolo è estinto. E qual'è, nella specie, il titolo in forza del quale fu presa iscrizione? La legge incarica il consiglio di specializzare l'ipoteca ch'essa accorda al minore per i suoi *diritti* e *crediti*; il che suppone che vi siano diritti e crediti da guaren-

(1) Sentenza del 24 febbraio 1855, riportata da Martou (t. II, p. 418, n. 860), e da Cloes, t. II, p. 219, n. 1271.

tire. Se non vi ha obbligazione principale a carico del tutore, potrà esservi una garanzia accessoria? (1).

318. Quale sarà l'effetto della riduzione o, se vi ha luogo, della radiazione consentita dal consiglio di famiglia e omologata dal tribunale? L'effetto d'ogni altra riduzione o cancellazione di iscrizione ipotecaria. L'iscrizione radiata non produce più effetto, di modo che l'ipoteca diviene inefficace; l'iscrizione ridotta non ha effetto che nei limiti della riduzione, e quindi l'ipoteca diviene parzialmente inefficace. In entrambi i casi, l'ipoteca sussiste, a meno che la radiazione non sia fondata sull'estinzione dell'ipoteca. Ora, l'ipoteca del minore non può estinguersi, poichè è legale. Essa sussiste finchè dura la causa per cui la legge l'ha stabilita. Finchè esiste una tutela vi ha necessariamente un'ipoteca legale a vantaggio del minore. Questa ipoteca può perdere la sua efficacia, in tutto o in parte, se l'iscrizione è radiata o ridotta, ma non cessa di sussistere, e può, come diremo, riprendere tutta la sua forza in virtù d'una nuova deliberazione del consiglio di famiglia.

L'art. 108, 3.°, si esprime dunque inesattamente dicendo che le ipoteche si *estinguono* per effetto della *sentenza*, nei casi previsti dai §§ 1 e 2 della I sezione del capo III, vale a dire nei casi degli articoli 60 e 72. Non è vero il dire che l'*ipoteca* del minore s'estingua per effetto delle sentenze che restringono e cancellano l'iscrizione ipotecaria. Il legislatore si è posto dal punto di vista pratico, considerando come estinta un'ipoteca che non produce più effetto. Ma se non ne produce più pel minore, può ridivenire efficace mediante una nuova deliberazione del consiglio. Ogni deliberazione del consiglio relativa alle garanzie ipotecarie del minore è essenzialmente revocabile (n. 312). Accade così anche quando sia stata omologata dal tribunale. L'omologazione è un atto di giurisdizione graziosa; il giudice approva quello che il consiglio ha fatto, ma la sua approvazione non vincola il consiglio e non ha l'autorità della cosa giudicata. Il consiglio può dunque prendere una nuova deliberazione colla quale chiederà iscrizione sui beni del tutore.

Ciò non è contestato. Ma pare, a prima vista, che, per revocare la decisione che ha ridotta o cancellata l'iscrizione, debba essere intervenuto un cambiamento nello stato di fortuna del minore. Di regola sarà così, ma bisogna guardarsi bene dal farne una condizione come fece la Corte di Gand. La sentenza è stata cassata, e doveva esserlo, perchè assoggettava la deliberazione del consiglio ad una condizione che la legge non esige. La legge dice, in verità, che i membri del consiglio possono fare opposizione alla deliberazione, e stabilisce il termine entro il quale devono farla, ma il diritto d'opposizione non ha

(1) MARTOU, t. II, p. 416, n. 855 *bis*; CLOES, t. II, p. 226, nn. 1281-1283. In senso contrario, BECKERS, nn. 80 e 156; TIMMERMANS, p. 161, n. 111.

nulla di comune col diritto del consiglio di determinare, per tutta la durata della tutela, le garanzie ipotecarie del minore con perfetta libertà. Ciò è anche razionale. Il consiglio può ingannarsi e la sua deliberazione può indurre il tribunale in errore. Importa dunque, nell'interesse del minore, che il consiglio possa ritornare sulle sue deliberazioni, quand'anche nulla fosse mutato nella situazione del minore (1).

319. Si domanda se l'ultimo morente dei genitori che nomina un tutore per testamento può restringere l'ipoteca legale del minore. 'E una questione che non dovrebbe esser posta, perchè decisa negativamente dal testo e dallo spirito della legge. La legge stabilisce l'ipoteca, ed è essa che determina da chi, non l'ipoteca, ma l'iscrizione sia specializzata e ridotta, se vi ha luogo. Ora, l'ipoteca legale è d'ordine pubblico. Con qual diritto dunque il padre la restringerebbe? Egli nutre pel figlio, almeno si dice, lo stesso affetto che un consiglio di famiglia. Senza dubbio, ma il diritto è forse una questione d'affezione? Si aggiunge che secondo la nuova legge il testatore può costituire un'ipoteca (2). La ragione è ancora più cattiva, perchè l'art. 44 non accorda questo potere al testatore se non pei legati ch'egli stabilisce. E poi l'ipoteca testamentaria dipende dalla volontà del testatore. Ma l'ipoteca legale dipende forse, in chicchessia, dalla volontà delle parti interessate? Non insistiamo. Se abbiamo accennato alla questione, è per mostrare a che conduca, in questa materia, l'inesattezza del linguaggio. Si comincia coll'assimilare l'ipoteca legale all'ipoteca convenzionale, poi si dà al testatore un potere che la legge e i principii gli rifiutano, confondendo l'ipoteca legale colle ipoteche che dipendono dalla volontà del debitore (n. 320).

320. L'ipoteca legale può essere sostituita da altre garanzie? Fa meraviglia veder porre la questione e più meraviglia ancora vederla risolvere affermativamente. Nella specie, si trattava della tutela d'un interdetto. Il tutore aveva impiegato una gran parte della sostanza dell'interdetto in acquisti d'*immobili* e di rendite sullo Stato. Quanto all'eccedente dei redditi, dice il tribunale, esso è sufficientemente protetto dalla posizione sociale del tutore, estraneo alle operazioni commerciali, dalle misure d'impiego e di rimessa di stati annuali prescritte al tutore, congiunte coll'offerta sussidiaria di questo, di consegnar crediti o valori di Borsa fino a concorrenza di 2000 franchi per garanzia della sua gestione. Il tribunale accettò l'offerta, e decise che, nella specie, un'iscrizione ipotecaria sarebbe stata una misura vessatoria. Come motivano i giudici questa strana decisione? L'iscrizione ipotecaria è il principio, ma il tribunale resta giudice delle circostanze particolari che possono motivare la dispensa

---

(1) Cassazione, 19 marzo 1874 (*Pasicrisie*, 1874, 1, 92).
(2) CLOES, t. II, p. 229, n. 1285, secondo PONT, t. I, p. 598, n. 545.

dall'ipoteca legale (1). Qui vi ha una confusione d'idee. La facoltà di dispensare suppone che il minore non ha bisogno d'una garanzia. Ora, nella specie, il tribunale prescriveva garanzie, e quindi le giudicava necessarie. Resta a sapere se spettava a lui contentarsi d'altre garanzie fuori di quelle che la legge accorda ai minori ed agli interdetti. Porre la questione è risolverla. L'ipoteca legale è essenzialmente d'ordine pubblico, poichè stabilita per garantire gl'interessi degli incapaci (n. 187 e 243). Ora, spetta al solo legislatore stabilire le garanzie che giudica necessarie alle persone le quali, in forza delle loro incapacità, non possono vegliare direttamente ai loro interessi. Il testo stesso della legge ipotecaria lo prova. Quando il tutore non possiede immobili, o ne ha solo insufficienti, non può esservi ipoteca legale, o non vi ha che un'ipoteca insufficiente. La legge si è forse rimessa, in questo caso, ai tribunali per determinare le sicurtà che il tutore dovrà fornire? No, il legislatore le ha organizzate egli stesso. Il sistema della legge è dunque questo. Se vi ha luogo a prendere un'iscrizione sui beni del tutore, il consiglio di famiglia deve farlo, nè può accettare nessun'altra garanzia. Se l'iscrizione ipotecaria è inutile, non è caso di esigere altre sicurtà. Se è insufficiente, la legge ordina ciò che resta a fare.

§ IV. — *Dello stato della tutela e della sorveglianza dell'autorità giudiziaria.*

N. 1. — Dello stato della tutela.

321. L'art. 63 fa intervenire l'autorità giudiziaria per assicurare l'adempimento delle misure ch'essa prescrive per la specializzazione dell'iscrizione e l'ipoteca del minore. 'E una disposizione della più alta importanza. Non si può contare sui consigli di famiglia. L'indifferenza dei parenti è pari alla loro ignoranza. Imponendo loro molteplici doveri in materia di tutela, il legislatore, alla sua volta, contrae l'obbligo di vegliare a che gli uomini siano istruiti dei loro doveri e che i loro sentimenti morali siano sviluppati contemporaneamente alla loro intelligenza. Perchè dobbiamo aggiungere che i nostri legislatori hanno completamente trascurato le cure dell'istruzione e dell'educazione nazionale? Nel Belgio, le hanno abbandonate ad un clero interessato a mantenere l'ignoranza, fondamento del suo dominio, e quanto all'educazione, questi strani maestri non hanno altro pensiero che di fare degli uomini i ciechi istrumenti della loro potenza. Dopo ciò, si ha un bel fare appello alla coscienza ed all'abnegazione delle famiglie! 'E perchè le coscienze

(1) Sentenza del tribunale di Namur, del 5 luglio 1875 (*Pasicrisie*, 1876, 3, 49).

non sono illuminate che i consigli di famiglia sacrificano così facilmente gli interessi degl'incapaci a considerazioni personali. Si deve tener conto di questa circostanza. Gli autori della legge ipotecaria hanno dunque fatto bene ad assoggettare i consigli di famiglia ed anche i giudici di pace al controllo dell'autorità giudiziaria. 'E l'unico mezzo di dare ai minori serie garanzie.

322. « Nella cancelleria di ogni giudice di pace sarà tenuto, sotto la sorveglianza del giudice e la responsabilità personale del cancelliere, uno stato di tutte le tutele aperte nel cantone » (art. 63). La legge dichiara il cancelliere responsabile. Verso di chi? Non può essere che verso il minore. Se i cancellieri trascurano di adempiere il dovere che la legge impone loro, la sorveglianza e l'azione dell'autorità giudiziaria non potranno esercitarsi utilmente a vantaggio dei minorenni. Questi, per conseguenza, non godranno delle garanzie ipotecarie che la legge ha voluto loro assicurare. Di qui un'azione di responsabilità. La legge non dichiara responsabile il giudice di pace, eppure, in caso di negligenza, è il magistrato il vero colpevole, perchè egli deve conoscere le leggi, e gli si è appreso a rispettarle, mentre i cancellieri, troppo sovente, le ignorano. Se i giudici di pace non incorrono in una contabilità civile, essi sono moralmente responsabili. Bisogna che i tribunali li richiamino al loro dovere se lo trascurano. Ritorneremo su questo punto, uno dei più delicati nell'applicazione della legge.

323. « Questo stato conterrà la data dell'apertura delle tutele, i nomi, cognomi e dimora dei minori ed interdetti, tutori e protutori ». La legge non parla degli alienati ricoverati in un ospizio o in una casa di salute. Siccome l'amministratore loro nominato tien luogo di tutore, essi sono compresi in tutte le disposizioni della legge che riguardano i minori e gli interdetti. Sarebbe però stato bene il dirlo. Il governo può colmare la lacuna, poichè ha il diritto di emanare decreti per l'esecuzione della legge.

Lo stato delle tutele deve indicare « la data e il riassunto delle deliberazioni dei consigli di famiglia relative all'ipoteca legale dei minori e degli interdetti, la data delle iscrizioni che saranno state prese, o la menzione delle cause per le quali l'iscrizione non sarà stata chiesta ». Durante la discussione della legge si osservò che i cancellieri non potevano sapere se fossero state prese delle iscrizioni, a meno di recarsi all'ufficio del conservatore, il che avrebbe complicato l'esecuzione della legge. Un circolare dell'11 marzo 1852 ha fatto dritto a questa obiezione, ordinando ai cancellieri di comunicare, entro l'ultimo mese di ogni trimestre, il loro stato delle tutele ai conservatori delle ipoteche nel circondario dei quali sono situati gli immobili destinati alla garanzia dei minori. I conservatori vi indicheranno le date delle prese iscrizioni.

Manca un dettaglio, che si può facilmente ottenere colla comunicazione dello stato delle tutele ai cancellieri dei tribunali

di prima istanza, la menzione, cioè, delle opposizioni fatte contro le decisioni dei consigli di famiglia e delle decisioni pronunciate dai tribunali. Siccome si riconosce ai giudici di pace il diritto di fare opposizione, è bene constatare, s'essi ne fanno uso, le cause della loro opposizione e la decisione seguitane. Sarà il controllo dell'azione dei giudici di pace, e, lo ripetiamo, è sui tribunali soli che bisogna contare.

324. « Ogni anno, entro il mese di dicembre, il cancelliere rimetterà sotto la propria responsabilità, al procuratore del re del suo circondario, copia integrale di questo stato per le tutele aperte nell'anno, e, per le altre, la semplice indicazione dei cambiamenti sopravvenuti nell'anno relativamente all'ipoteca legale, alla sua iscrizione ed ai depositi che la mancanza o l'insufficienza degli immobili avranno resi necessarii ».

Ci pare che sarebbe meglio mandare queste informazioni il mese di gennaio; per tutto l'anno trascorso. Stando alla legge, potrebbe darsi che si aprissero delle tutele dopo la spedizione dell'atto, di modo che non ne sarebbe fatta alcuna menzione nè nello stato dell'annata, nè in quello dell'annata seguente.

325. « I cancellieri dei giudici di pace che contravverranno al presente articolo saranno, indipendentemente dalle pene disciplinari, puniti con un'ammenda che non eccederà cento franchi. Essa potrà essere portata al doppio in caso di recidiva. Queste pene saranno applicate dai tribunali civili ».

326. 'E il procuratore del re che chiede l'applicazione delle pene. Ma se egli stesso trascura di constatare la contravvenzione o d'esigere lo stato delle tutele? E se il procuratore generale omette di ricordargli il suo dovere? Queste supposizioni sono lecite, poichè apprendiamo da un giovane magistrato che, nel circondario di un certo tribunale non vi sono per così dire iscrizioni ipotecarie a vantaggio dei minori (1). Con una circolare del 30 dicembre 1856, il ministro della giustizia ha chiesto che gli si mandasse un quadro contenente informazioni sull'applicazione degli articoli 49 e seguenti della legge ipotecaria. Questi quadri sono stati mandati? Perchè non si è pubblicata l'inchiesta? Si esige l'invio annuale di queste informazioni? L'inchiesta dovrebbe essere regolare e permanente, e perchè sia efficace, deve essere resa pubblica, senza alcun riguardo. Non si devono avere riguardi per coloro che trascurano i loro doveri, e si tratta di doveri che interessano la società, poichè lo scopo dell'art. 63 è di dare una garanzia seria ad incapaci.

---

(1) TIMMERMANS, p. 18, nota 30; CLOES e BONJEAN, *Giurisprudenza dei tribunali*, t. XXV, p. 910.

N. 2. — **Del controllo dell'autorità giudiziaria.**

327. L'art. 63, dopo aver detto che i cancellieri devono mandare una copia dello stato della tutela al procuratore del re entro il mese di dicembre, soggiunge: « Nel seguente mese di gennaio, il procuratore del re sottoporrà questo stato al tribunale, che, sulla relazione d'uno dei suoi membri, in camera di consiglio, statuirà quanto di diritto, sia d'ufficio che sulla requisitoria del pubblico ministero ». Questa disposizione solleva molte difficoltà. Vi è anzitutto una questione preliminare. 'E tutto il tribunale, o soltanto la sezione civile che è chiamata ad esaminare gli stati di tutela ed a statuire? La legge è interpretata in vario senso dai diversi tribunali. Sarebbe stato desiderabile che il tribunale statuisse a sezioni riunite; il controllo avrebbe avuto un'autorità tanto maggiore. Ma la legge non lo esige, e quindi bisogna prendere la parola *tribunale* nel suo termine comune, vale a dire come sinonimo di sezione civile (1).

328. Vi è una difficoltà più grave. L'art. 63 dispone che il tribunale *statuirà quanto di diritto.* Quale è il senso di questa disposizione? Qual potere dà essa al tribunale? Il tribunale statuirà per via di disposizione generale e regolamentare applicabile a tutti i giudici di pace, ed obbligatoria anche per l'avvenire? Su questo primo punto non vi ha dubbio. L'art. 5 del codice Napoleone vieta ai giudici di pronunciare per via di disposizione generale e regolamentare sulle cause che vengono loro sottoposte. 'E un divieto d'ordine pubblico, perchè attinente alla divisione dei poteri. Il legislatore solo, e il re, nel limite delle sue attribuzioni, possono fare leggi e regolamenti. 'E dell'essenza del potere giudiziario disporre per via di decisione individuale e particolare. Si può ammettere che l'art. 63 deroghi ad una norma così fondamentale? Il testo non dà certamente questo potere ai tribunali. Esso dice che i giudici statuiranno quanto di *diritto*, vale a dire conformemente alla legge che regola l'ipoteca legale dei minori. Essi applicano la legge, non la fanno. Se vi ha una misura generale da prendere, il tribunale può indicarne la necessità e richiamare l'attenzione del governo su quanto sarebbe utile a farsi, ma non può esso stesso emanare regolamenti. L'art. 63 vuole che una copia della *decisione* sia trasmessa ai giudici di pace ch'essa riguarda, il che implica che si tratta d'una decisione speciale contenente lo stato delle tutele di un determinato cantone. Se il tribunale procedesse per via di disposizione generale, dovrebbe comunicare le misure regolamentari che prendesse a tutti i giudici di pace del circondario. Non sa-

(1) TIMMERMANS, p. 89, n. 151.

rebbe più una *decisione*, ma un regolamento. Ora, la legge gli conferisce soltanto il potere di pronunciare *decisioni*. In questo senso la legge è interpretata oggidì dai tribunali (1).

329. I tribunali non devono dunque prendere che decisioni particolari e individuali. Hanno essi, in questi limiti, un potere discrezionale? 'E assai dubbio. La legge dice ch'essi statuiranno quanto di *diritto*. Ma che cosa significa quanto di *diritto*? Riesce difficilissimo precisarlo. Si legge nella relazione di Lelièvre: « Il tribunale di prima istanza sarà chiamato ad esercitare una *sorveglianza* salutare sugli *atti* dei giudici di pace e ad *assicurarsi* dell'esecuzione scrupolosa della legge ». Anche ciò è troppo vago. Quando il tribunale si sarà assicurato che la legge non fu eseguita, quale decisione prenderà? Lelièvre ha risposto, nel corso della discussione: « L'art. 63 imponendo una sorveglianza al giudice di pace, potranno, all'uopo, essergli fatte *ingiunzioni*, se non adempisse convenientemente gli obblighi che la legge gli impone, se fosse stato negligente nel sorvegliare gli atti del suo cancelliere » (2). Queste ingiunzioni sono un biasimo. Sarebbero l'esercizio del potere disciplinare, e i tribunali non hanno, in massima, questo potere sui giudici di pace. E se la legge avesse voluto darlo loro nella nostra materia, non avrebbe essa dovuto dichiararlo in modo formale? Essa assoggetta i cancellieri ad un'ammenda ed all'azione disciplinare, e non parla dell'azione disciplinare nè della pena per quanto riguarda i giudici di pace. Non si deve conchiuderne che il legislatore si è riportato al diritto comune?

330. Il tribunale deve dunque limitarsi a prendere decisioni nell'interesse dei minori i cui diritti non vennero sufficientemente tutelati. Così lo stato delle tutele gli apprende che i consigli di famiglia non hanno deliberato sulla specializzazione dell'ipoteca legale. Esso ordinerà al giudice di pace di convocare i consigli e di vegliare a che la legge sia eseguita. Lo Stato menziona dispense d'iscrizione che non sono sufficientemente giustificate. Il tribunale ordinerà ancora al giudice di pace di provocare una nuova deliberazione (3). Devesi andare più in là e permettere di decidere allo stesso tribunale? Questa opinione fu sostenuta avanti la Corte di cassazione dall'avvocato generale, Mesdach (4). Per principio, si può ammetterlo, perchè, dicendo che il tribunale statuirà quanto di *diritto*, la legge gli dà il potere di prendere decisioni nell'interesse del minorenne. Ma, in fatto, il tribunale si troverà il più delle volte nell'impossibilità di decidere direttamente, perchè esso non possiede gli elementi

(1) TIMMERMANS, p. 91, nn. 152, 153. Vi ha una requisitoria in senso contrario di SCHUERMANS (TIMMERMANS, n. 154).

(2) LELIÈVRE, *Relazione* (PARENT, p. 132). Discorso della seduta del 7 febbraio 1851 (PARENT, p. 329); TIMMERMANS, p. 95; BECKERS, p. 112, n. 98.

(3) CLOES, t. II, p. 241, nn. 1308-1310; TIMMERMANS, p. 98, nn. 157 e 158.

(4) *Pasicrisie*, 1874, 1, 95 e seg.

legali su cui poggiare la sua decisione. Accadrà così in tutti i casi in cui non vi è stata deliberazione. Il tribunale deciderà di prendere un'iscrizione? Esso non sa se vi ha luogo a farlo, nè se il tutore ha dei beni, nè su quali beni convenga chiedere l'iscrizione. Lo stesso è a dire se il consiglio di famiglia ha deciso che non vi era luogo a specializzare l'ipoteca. Il tribunale può dichiarare che dev'esser presa un'iscrizione, ma per quale somma e su quali beni? Il tribunale, non avendo le necessarie informazioni, sarà costretto a rimettersi al consiglio di famiglia e al giudice di pace, salvo ad esigere che questi gli renda conto della deliberazione del consiglio.

331. L'art. 63 suppone che il tribunale eserciti il suo controllo nell'esame che fa, ogni anno, dello stato delle tutele. 'E questa una condizione dell'esercizio del potere di cui la legge investe i tribunali? No, certo, la condizione non avrebbe ragion d'essere. Se, in occasione d'una omologazione che gli è chiesta, il tribunale s'accorga che la legge non è stata eseguita, può e deve statuire immediatamente, perchè, quando si tratta d'una garanzia ipotecaria, l'efficacia dipende dalla data dell'iscrizione. Importa dunque far specializzare e iscrivere l'ipoteca il più presto possibile. Vi ha una sentenza in questo senso della Corte di Gand (1).

332. L'art. 63 contiene anche una disposizione relativa all'esecuzione delle decisioni prese dal tribunale. Ne sarà trasmessa copia, *se vi ha luogo*, ai giudici di pace ch'essa concerne. La legge soggiunge che la copia può comprendere tutta la decisione od una parte. Perchè la legge dice *se vi ha luogo?* Se lo stato delle tutele è esattamente tenuto e la legge sia stata eseguita, come deve esserlo, nell'interesse dei minori, il tribunale si limiterà ad approvare quanto è stato fatto, e, per conseguenza, non occorrerà alcuna comunicazione al giudice di pace. Il tribunale non ha missione di distribuire elogi, come non ha quella d'infliggere pene disciplinari. Si è domandato in qual senso bisogni intendere le parole dell'art. 63: « *in tutto o in parte* ». Se il tribunale prende una sola decisione concernente tutti gli stati di tutele che gli sono stati trasmessi, in questo caso è inutile comunicare la decisione integrale a ciascuno dei giudici di pace del circondario, ma si comunicherà ad ognuno la parte della decisione che lo riguarda. Se il tribunale statuisce con una decisione particolare sovra ogni stato, manderà copia di tutta la decisione a ciascun giudice di pace, a meno che non vi si trovino considerazioni generali destinate ad essere comunicate al ministro della giustizia (2).

---

(1) Gand, 14 marzo 1873 (*Pasicrisie*, 1873, 2, 219).
(2) CLOES, t. II, p. 244, n. 1311; TIMMERMANS, p. 106, n. 166.

Art. 3. — Dell'ipoteca legale della donna maritata.

§ I. — *Dei diritti garantiti dall'ipoteca legale.*

333. L'art. 47 dispone che le donne maritate hanno un'ipoteca legale sui beni del marito pei loro diritti e crediti. È un principio comune a tutte le ipoteche legali, ma i diritti e crediti variano naturalmente a seconda delle diverse ipoteche. Per quanto riguarda le donne ed i minori il principio è identico, ossia ogni diritto che la donna maritata ha, come tale, contro il marito è garantito da un'ipoteca legale, e così pure ogni diritto che il minore ha, come tale, contro il tutore è garantito dall'ipoteca che la legge gli accorda. Gli articoli 64 e 67 enumerano i diritti più usuali che la moglie ha contro il marito. Questa enumerazione non è limitativa, anzi non è nemmeno una enumerazione. La legge ha per iscopo, non di determinare i casi nei quali la moglie ha un'ipoteca legale, ma il modo con cui questa ipoteca deve essere specializzata. Quanto ai crediti garantiti dall'ipoteca legale, è l'art. 47 che stabilisce il principio. La regola essendo che ogni azione della moglie contro il marito è munita di un'ipoteca, era inutile enumerare questi diritti. L'enumerazione è una questione d'interpretazione, essa esce dal dominio del legislatore. È alla dottrina che spetta interpretare la legge.

Ne risulta che ogni ipoteca della donna maritata è legale. Gli autori distinguono però un'ipoteca convenzionale ed un'ipoteca legale propriamente detta. A nostro avviso, questa distinzione non è esatta. Vi ritorneremo. Pel momento, si tratta di determinare i casi nei quali la moglie ha un regresso contro il marito. È questo regresso che la legge ha voluto assicurare, mediante una garanzia ipotecaria. Di qui l'ipoteca legale.

N. 1. — Della dote.

334. Il primo credito di cui si parla nel § 52, intitolato delle *Sicurtà delle donne maritate*, è la dote. Ciò vuol dire che la moglie abbia un'ipoteca legale in tutti i casi in cui vi sia dote? La dote esiste sotto tutti i regimi. Infatti, il codice, secondo la classificazione legale, non ammette che due regimi, la comunione legale o convenzionale e il regime dotale, e il primo articolo del capo III, consacrato al regime dotale, dispone: « La dote, sotto *questo regime*, come sotto *quello del capo II*, consiste in quei beni che la moglie apporta al marito per sostenere i pesi del matrimonio ». Ora, la moglie apporta sempre una dote qualunque, non fosse altro che il suo lavoro personale. Ma bisogna

guardarsi bene dal conchiudere da ciò che la moglie abbia sempre un'ipoteca legale per sicurtà della dote. Ogni ipoteca è una garanzia accessoria di un'obbligazione principale. Perchè la moglie abbia un'ipoteca per la dote, bisogna che abbia un'azione, in forza della dote, contro il marito. Ora, può darsi, come diremo, che la moglie non abbia azione contro il marito per la sua dote. In questo caso, non potrebbe parlarsi di un'ipoteca, nè legale, nè convenzionale.

335. Sotto il regime della comunione legale, tutti i beni della moglie sono dotali, nel senso della definizione che l'art. 1540 dà della dote (n. 334). I mobili della moglie, presenti e futuri, entrano nell'attivo della comunione, come vi entrano i frutti e i redditi dei suoi beni immobili. Eppure la moglie non ha ipoteca per la sua dote mobiliare, perchè non ha azione, per questo titolo, contro il marito. La sostanza mobiliare della moglie è compresa nell'attivo della comunione. Se la moglie rinuncia alla comunione, perde ogni diritto sui mobili che vi sono entrati per questo titolo (art. 1492), e, non avendo alcuna azione contro il marito, non potrebbe avere un'ipoteca. Se la moglie accetta la comunione, ne prende la metà nello stato in cui si trova, e senza avere alcun diritto da esercitare contro il marito. Dunque essa non ha ipoteca legale, e non potrebbe nemmeno stipularla perchè non vi ha ipoteca senza un credito principale al cui pagamento essa è vincolata (1).

La Corte di cassazione ha giudicato così con una sentenza appena motivata (2). Si sono fatte obbiezioni che non hanno senso. L'art. 2121 (legge ip., art 47), si dice, attribuisce l'ipoteca legale ai diritti e crediti della moglie, disposizione generale che si applica a tutti i casi. Sì, ma ad una condizione, che la moglie abbia un diritto od un credito contro il marito e, per conseguenza, sui suoi beni. E qual'è il diritto della moglie in comunione contro il marito? Inutile insistere, poichè i più semplici elementi del diritto bastano per decidere la questione, se questione vi ha. La Corte soggiunge che la moglie non può reclamare che il suo privilegio di condividente a condizione di conservarlo. Ciò va da sè poichè lo dice la legge (art. 1476). Vi sono due sentenze nello stesso senso della Corte di Bordeaux, che si limita a citare la sentenza della Cassazione (3). Eppure si è trovata una Corte la quale ha deciso che la moglie aveva un'ipoteca legale per garanzia della sua dote mobiliare. È una Corte del Mezzogiorno che ha pronunciato questa strana sentenza. Essa ha senza dubbio confuso la dote sotto il regime dotale colla dote sotto il regime della comunione (4).

---

(1) MARTOU, t. III, p. 11, n. 884; PONT, t. I, p. 460, n. 435.

(2) Rigetto, 15 giugno 1842 (DALLOZ, v. *Privilèges*, n. 689, 4.°). Cfr. n. 887.

(3) Bordeaux, 2 marzo 1848 (DALLOZ, 1848, 2, 78), e 2 giugno 1875 (DALLOZ, 1876, 2, 143).

(4) Aix, 16 agosto 1872 (DALLOZ, 1874, 2, 131).

La Corte d'Aix tenta di motivare la sua decisione invocando termini generali dell'art. 2135, che menziona, come fa l'art. 64 della nostra legge ipotecaria, la dote fra i crediti pei quali la moglie ha ipoteca a far tempo dal giorno del matrimonio. Basta leggere queste disposizioni per convincersi ch'esse hanno per oggetto, non di determinare i casi nei quali la moglie ha un'ipoteca legale, ma il grado di questa ipoteca. Regolando il grado dell'ipoteca per la dote, la legge suppone che la moglie abbia un'ipoteca per questo titolo, ma non dice che la moglie ha un'ipoteca per ciò solo che ha una dote. È l'art. 2121 (legge ip., art. 47) che decide questa quistione. E basta il buon senso per risolverla, poichè non si concepisce un'ipoteca senza un diritto ch'essa abbia per scopo di garantire.

Quanto alla dote immobiliare, la moglie può avere un'azione contro il marito, poichè questi amministra i beni ed è responsabile della sua amministrazione (art. 1428). Avendo la moglie un'azione contro il marito per l'amministrazione che la legge gli affida, questa azione è garantita dall'ipoteca, in forza del principio generale dell'art. 47 (codice civile, art. 2121).

336. Sotto la comunione convenzionale, la questione di sapere se la moglie ha un'azione per la sua dote mobiliare e, conseguentemente, un'ipoteca dipende dalle convenzioni matrimoniali. Se la moglie stipula la ripresa dei suoi mobili dotali, in tutto o in parte, ha un credito, per questo titolo, contro il marito, e quindi un'ipoteca. Gli è così nella comunione ridotta agli acquisti e nella clausola di realizzazione. Ma la moglie non ha ipoteca per la parte della sua dote mobiliare che entra nell'attivo della comunione convenzionale, poichè, per questo titolo, essa non ha azione contro il marito. Può darsi ch'essa non abbia azione per la sua dote immobiliare. Se tutti i suoi immobili, o alcuni di essi sono mobilizzati, la moglie non avrà maggior diritto per questi immobili che per la sua sostanza mobiliare; essa non ha diritto che sulla comunione, e senza azione non vi ha ipoteca.

337. Sotto il regime d'esclusione della comunione, il marito ha soltanto il godimento dei beni della moglie, mobili od immobili. Egli deve farne la restituzione allo scioglimento del regime. La moglie ha dunque un'azione per la sua dote, mobiliare o immobiliare, e, per conseguenza, un'ipoteca per garanzia del proprio credito.

338. Sotto il regime della separazione dei beni, la moglie contribuisce ai pesi del matrimonio fino a concorrenza del terzo dei suoi redditi. 'E questa la dote ch'essa apporta al marito; essa non ha ipoteca per tal titolo, e non potrebbe nemmeno stipularla, a meno di modificare il regime, perchè il terzo dei redditi che la moglie deve rimettere al marito diviene proprietà del medesimo. Egli ne dispone come crede, e non è tenuto, per questo titolo, ad alcuna restituzione.

Quanto ai due terzi dei redditi che restano alla moglie è essa che ne ha la disposizione, è essa ancora che amministra i suoi

beni e che ne gode. Se il fatto risponde al diritto, vale a dire se il marito non interviene nell'amministrazione dei beni della moglie, questa non ha alcuna azione contro di lui, perchè il marito non può essere responsabile d'una gestione alla quale rimane estraneo. Se il marito interviene nell'amministrazione, diviene responsabile, ed ogni azione di responsabilità contro il marito è garantita dall'ipoteca legale. Ma ciò non riguarda la dote, poichè, sotto il regime di separazione, i beni della moglie non sono dotali. Ritorneremo sull'ipoteca che la moglie ha per garanzia delle azioni estranee alla dote che le appartengono sotto i diversi regimi.

339. Sotto il regime dotale, la moglie ha due specie di beni. I suoi beni parafernali sono governati dai principii della separazione dei beni, e quindi si applica ciò che abbiamo detto testè (n. 338). Quanto ai beni dotali, il marito ne ha soltanto il godimento e l'amministrazione. Egli è dunque soggetto a due obbligazioni, quella d'amministrare da buon padre di famiglia e quella di restituire la dote. La moglie ha, sotto questo duplice rapporto, un'azione contro il marito e, per conseguenza, un'ipoteca legale.

Il regime dotale presenta una difficoltà particolare per quanto riguarda l'ipoteca legale. « Gli immobili costituiti in dote non possono essere alienati nè ipotecati durante il matrimonio, nè dal marito, nè dalla moglie, nè da entrambi congiuntamente » (art. 1554). Se, malgrado questo divieto, il fondo dotale venga alienato, la moglie può far revocare l'alienazione. Essa può già chiedere la rivocazione dopo la separazione dei beni (art. 1560). Quando l'alienazione è stata fatta dal marito, la moglie ha due azioni, l'una di rivocazione contro il terzo acquirente, l'altra per danni ed interessi contro il marito. Questa è garantita dall'ipoteca legale. Si domanda se la moglie abbia l'opzione fra questi due diritti che il codice gli riconosce. La questione è molto controversa in dottrina e in giurisprudenza. Noi crediamo, colla Corte suprema, che la moglie possa scegliere fra le due azioni che la legge le accorda. 'E il diritto comune. La difficoltà sta nel sapere se vi derogano i principii che reggono l'inalienabilità del fondo dotale. Ecco l'obbiezione che si fa, obbiezione molto seria. La moglie non può confermare l'alienazione del fondo dotale. Ora, la confermerebbe indirettamente se, invece di chiedere la rivocazione, domandasse il pagamento del proprio credito contro il marito coll'azione ipotecaria. Si risponde che di regola la moglie non agirà contro il marito o i suoi eredi che dopo lo scioglimento del regime, e, in questo caso, la moglie può confermare la vendita e, per conseguenza, rinunciare all'azione di rivocazione. Se la moglie si presenta, durante il matrimonio, alla graduatoria aperta sui beni del marito, sarà collocata provvisoriamente. Non si può dire che, optando pel regresso contro il marito, essa rinuncia al regresso contro il terzo acquirente perchè, durante il matrimonio, essa non può fare alcuna rinuncia che comprometta la sua azione di rivocazione. Questa rinuncia

sarebbe una conferma indiretta, e la moglie non può confermare. Ma dal fatto ch'essa non può rinunciare all'azione di rivocazione non si può conchiudere che non abbia azione contro il marito. La legge gliela accorda, e non può esserle tolta. Bisogna dunque conciliare i due principii, che sembrano contraddittorii, collocando la moglie provvisoriamente. La moglie conserverà la sua azione di rivocazione, e, dopo lo scioglimento del matrimonio, farà l'opzione. Ben inteso che, se si decide a chiedere la rivocazione, dovrà restituire le somme riscosse nella graduatoria, perchè non può ad un tempo rivendicare l'immobile e ritenerne il prezzo. 'E questa l'opinione che tende a prevalere. Non vi ha dubbio che sul punto di sapere se la collocazione della moglie sia provvisoria o definitiva. Se si ammette il principio che la moglie non può durante il matrimonio rinunciare all'azione di rivocazione, non vi è altro mezzo per conciliare l'azione ipotecaria che la legge le dà col suo diritto di rivocazione che di dichiarare la collocazione provvisoria (1). Rimandiamo, quanto ai principii, a ciò che si è detto, al titolo del *Contratto di matrimonio*, sull'inalienabilità della dote.

340. Si presenta ancora una difficoltà per quanto riguarda gli interessi della dote sotto il regime dotale. A termini dell'articolo 1570, essi decorrono di pien diritto dopo lo scioglimento del matrimonio. Se ne conchiude che gli interessi sono garantiti dall'ipoteca legale al pari del capitale della dote. Senza dubbio, ma la questione sta nel sapere se si deve applicare alla moglie la disposizione dell'art. 87 (codice civile, art. 2151), giusta il quale il creditore inscritto per un capitale che produce interesse ha diritto di far collocare allo stesso grado gli interessi, per tre annate soltanto, senza pregiudizio delle inscrizioni particolari da prendere per gli altri interessi, le quali hanno effetto dal giorno della loro data. La giurisprudenza francese esclude l'art. 2151 quando si tratta dell'ipoteca legale della moglie per la ragione ch'esso suppone l'inscrizione dell'ipoteca, e, secondo il codice civile, l'ipoteca della moglie era valida senza inscrizione (2). Non accade più lo stesso secondo la nostra legge ipotecaria, e quindi l'art. 87 deve ricevere la sua applicazione all'ipoteca della moglie come a tutte le altre ipoteche. La circostanza che gli interessi sono dovuti di pien diritto non ha alcun rapporto colla questione e non può influire sulla decisione.

Questi principii non si applicano agli interessi degli interessi Gli interessi scaduti e capitalizzati formano un nuovo debito, distinto dalla dote, donde segue che questo debito non è garan-

(1) PONT, t. I, p. 459, n. 435, e le testimonianze che cita. Cfr. Cassazione, 21 dicembre 1853 (DALLOZ, 1853, I, 137, e la nota del compilatore).

(2) Bordeaux, 10 agosto 1849 (DALLOZ, 1852, 2, 102); Cassazione, 26 gennaio 1875 (DALLOZ, 1875, 1, 52); PONT, t. I, p. 461, n. 436. Cfr. MARTOU, t. III, p. 13, numero 884, che sembra pronunciarsi per la giurisprudenza francese.

tito dall'ipoteca legale. La moglie non avrebbe garanzia ipotecaria che quando l'avesse stipulata nel contratto che capitalizza gli interessi. Essa non potrebbe prendere inscrizione in forza dell'art. 87 (codice civile, art. 2151). Questa disposizione non è applicabile che agli interessi che sono gli accessorii del capitale, non si applica agli interessi degli interessi, i quali non sono l'accessorio dell'antico debito, ma l'accessorio del debito nuovo formato colla capitalizzazione degli interessi (1).

341. La dote di cui parla l'art. 64 (codice civile, art. 2135) è quella stipulata e dovuta in forza del contratto di matrimonio. Sono i beni che la moglie apporta, maritandosi, per aiutare il marito a sostenere i pesi del matrimonio. La moglie può costituirsi in dote anche beni futuri. Questa dote è ugualmente garantita da un'ipoteca se, come supponiamo, la moglie è maritata sotto un regime che obbliga il marito a restituire la dote. Non vi ha differenza fra il caso in cui la dote è apportata al momento del matrimonio e quello in cui è devoluta durante il matrimonio che per quanto riguarda il grado dell'ipoteca legale. Ritorneremo su questo punto trattando della specializzazione dell'ipoteca della moglie.

N. 2. — Delle convenzioni matrimoniali.

342. Per convenzioni matrimoniali s'intendono le convenzioni espresse o tacite che i futuri coniugi stipulano prima del matrimonio per regolare i loro diritti sui beni che entrano nell'associazione che formano. È la definizione dell'art. 1387. Essa suppone che i coniugi s'associno quanto ai beni. Tale è, infatti, il regime di diritto comune. Ma vi hanno anche regimi sotto i quali i coniugi sono separati di beni. La comunione può esistere senza contratto notarile, mentre gli altri regimi devono essere stipulati con atto autentico. Per quanto riguarda l'ipoteca legale la forma delle convenzioni matrimoniali è indifferente. Sono sempre convenzioni matrimoniali, espresse o tacite, e quando queste convenzioni danno un diritto alla moglie contro il marito questo diritto è garantito dall'ipoteca legale.

D'ordinario l'espressione *convenzioni matrimoniali* si prende in un senso più ristretto, quando si tratta dell'ipoteca legale della moglie. Essa comprende, si dice, le donazioni che il marito fa alla moglie ed altri vantaggi che il contratto stipula a favore della moglie, come l'antiparte, i lucri di sopravvivenza (2). Sono, infatti, convenzioni matrimoniali, ma perchè siano garantite dall'ipoteca legale, bisogna, come diremo, che ne risulti un diritto della moglie contro il marito e sui suoi beni. Inoltre

---

(1) Cassazione, 28 marzo 1848 (DALLOZ, 1848, 1, 170).
(2) MARTOU, *Commentario*, t. III, p. 14, n. 887.

le convenzioni da cui risulta una liberalità per la moglie non sono le sole che danno luogo all'ipoteca legale. Bisogna sempre stare al principio generale dell'art. 47 (codice civile, art. 2121). Dal momento che la moglie ha un diritto, in forza delle sue convenzioni matrimoniali, contro il marito e sui di lui beni, essa ha un'ipoteca per sicurtà del proprio credito. Ora, il marito ha di regola l'amministrazione dei beni della moglie in forza del contratto di matrimonio o delle convenzioni tacite nuziali, ed è responsabile come amministratore; donde un'azione della moglie risultante dalle convenzioni matrimoniali, e questa azione è garantita dall'ipoteca che la legge accorda alla donna per sicurezza dei suoi diritti e crediti (1).

343. Non tutti i vantaggi che le convenzioni matrimoniali attribuiscono alla moglie sono garantiti da un'ipoteca legale. Anche qui bisogna applicare l'articolo 47 (codice civile, articolo 2121). Non vi ha ipoteca senza obbligazione principale, ed ogni obbligazione presuppone un debitore ed un creditore. Se la moglie ha un credito contro il marito e sui suoi beni, in forza dei vantaggi matrimoniali che il contratto stipula in di lei favore, questo credito sarà assicurato dall'ipoteca legale. Ma se la moglie esercita il suo diritto sulla massa comune che deve essere divisa fra lei e il marito, essa non ha ipoteca, per la ragione che non ha credito. Così è a dire dell'antiparte. Esso è un lucro nuziale, poichè la moglie preleva, prima di ogni divisione, una certa somma od una certa quantità di effetti mobiliari, ma questo lucro non le conferisce, in generale, un'azione contro il marito. A termini dell'art. 1515, l'antiparte non si esercita che sulla massa divisibile, e non sui beni personali del coniuge premorto. Non avendo la moglie azione contro il marito in forza dell'antiparte, non può già farsi questione d'ipoteca. Ma se il contratto di matrimonio dà alla moglie diritto all'antiparte, anche rinunciando, allora la moglie ha un'azione contro il marito e, quindi, un'ipoteca, L'antiparte cambia, in questo caso, di natura. Non è più un prelevamento sulla massa, perchè, colla rinuncia, la moglie perde ogni diritto sui beni che compongono l'attivo della comunione. Essa cessa d'essere associata, e si ritiene che non lo sia stata mai. Cessando d'essere moglie in comunione, se ha un diritto contro suo marito, lo ha come creditrice, e poichè questo credito ha radici nel matrimonio e nelle convenzioni nuziali, ci troviamo nel testo dell'art. 47. La moglie avrà ipoteca legale per garanzia dell'antiparte. Così l'istesso lucro attribuisce o no alla moglie un'azione ipotecaria, secondochè essa ha o non ha un'azione contro suo marito (2).

---

(1) AUBRY e RAU, t. III, p. 220, nota 19, § 264 *ter*.
(2) AUBRY e RAU, t. III, p. 221, nota 20, § 264 *ter*; MARTOU, t. III, p. 15, numero 888.

344. L'applicazione degli esposti principii dà luogo ad una questione molto controversa. Si domanda se la moglie ha un'ipoteca pei lucri di sopravvivenza, anche puramente eventuali. Tale è l'istituzione contrattuale e la donazione d'una somma di danaro da prendere sui beni che il donante lascierà alla sua morte. Abbiamo esaminato, al titolo delle *Donazioni*, le serie difficoltà alle quali dànno luogo queste donazioni Quando costituiscono esse un donativo di beni presenti e futuri (vol. XII, numeri 418-429)? Allorchè si tratta d'una donazione fatta dal marito alla moglie, essa è valida in ogni ipotesi, poichè i coniugi possono donare i loro beni futuri per contratto di matrimonio. Resta a sapere se la moglie abbia un'ipoteca legale per garanzia di queste donazioni. La giurisprudenza è divisa (1), e così pure la dottrina (2). A nostro avviso, bisogna applicare il principio che abbiamo stabilito. So la moglie ha un'azione contro il marito, essa ha pure un'ipoteca per garanzia dei suoi diritti e crediti (art. 47). Se non ha azione, non può nemmeno parlarsi d'ipoteca. D'ordinario essa non ha azione quando il suo diritto si esercita solo sui beni che il donante lascierà alla sua morte, perchè, se il donante non lascia beni, la moglie è carente di diritto. Ma la moglie può avere azione contro la successione del donante. Non vi ha dubbio quando la donazione è soltanto a termine, vale a dire se non può essere esatta che alla morte del donante, perchè il diritto della moglie non cessa d'essere certo e irrevocabile. Accade lo stesso se il diritto è condizionale. Tali sono i lucri stipulati a favore del superstite. La sopravvivenza è la condizione, ma il diritto, quantunque condizionale, attribuisce un'azione alla moglie, il che è decisivo per quanto riguarda l'ipoteca legale. Non basta. Quand'anche il diritto fosse eventuale, la moglie avrebbe un credito eventuale, ed ogni credito della moglie è assicurato da una ipoteca (3). Così avviene dell'istituzione contrattuale. Quando il donante aliena i beni a titolo oneroso, o li dissipa, la moglie è senza azione contro gli acquirenti, perchè il marito aveva diritto d'alienare. La moglie è erede, ed acquista l'eredità nello stato in cui si trova. Se non vi sono più beni, non raccoglierà più nulla. Ma se il marito ha fatto delle donazioni immobiliari che non aveva diritto di consentire, la moglie può chiederne la nullità, ed ha anche un'azione d'indennizzo contro la successione. Questa azione, come ogni credito della moglie risultante dalle convenzioni matrimoniali, è garantita dalla sua ipoteca legale. Diremo più avanti come, almeno a parer nostro, la controversia sia stata decisa in quosto senso dalla legge belga (art. 64).

(1) Rigetto, 19 agosto 1840 (DALLOZ, v. *Privilèges*, n. 886). Cfr. rigetto, 16 maggio 1855 (DALLOZ, 1855, 1, 245); Bordeaux, 21 febbraio 1851 (DALLOZ, 1854, 2, 150); Tolosa, 24 maggio 1855 (DALLOZ, 1856, 2, 104); Bordeaux, 15 dicembre 1868 (DALLOZ, 1869, 2, 244).

(2) AUBRY e RAU, t. III, p. 221, nota 23, § 264 *ter*; PONT, t. I, p. 462, n. 438.

(3) Bruxelles, 4 ottobre 1823 (*Pasicrisie*, 1823, p. 502).

345. Vi sono altri vantaggi che la legge accorda alla moglie e che, in realtà, risultano dalle convenzioni nuziali, poichè il codice non fa che prevedere quello che i coniugi intendono stipulare. Le disposizioni della legge non sono dunque che convenzioni tacite. Tale è il lutto della vedova. É avvenuto che la moglie stipulasse che, in caso di sopravvivenza, avrebbe avuto diritto alle vesti di lutto. Si contestò alla moglie un'ipoteca legale per questo credito. La Corte di Riom gliela riconobbe, e non vi era l'ombra di dubbio, poichè si trattava d'una convenzione matrimoniale che attribuiva un diritto alla moglie contro l'eredità del marito (1). Ma la moglie non ha bisogno di stipulare il lutto in modo espresso: l'art. 1570 glielo accorda sotto il regime dotale. La legge dispone che gli abiti di lutto devono essere forniti alla moglie sulla successione del marito. È dunque inutile che i coniugi ne facciano l'oggetto d'una stipulazione. Trattasi di una di quelle convenzioni tacite che il legislatore consacra, siccome fondate sulla volontà delle parti contraenti, ed ogni convenzione matrimoniale è garantita dall'ipoteca legale. La Corte di cassazione ha giudicato così (2). Merlin era caduto in errore. Egli pensava che la moglie avesse un privilegio pel suo lutto in forza della legge che privilegia le spese funerarie, e le rifiutava un'ipoteca legale per questo titolo, perchè la legge non gliela accorda (3). È un cattivo ragionamento sotto ogni riguardo. Il privilegio delle spese funerarie non può essere esteso al lutto, perchè i privilegi vanno interpretati nel modo più ristrettivo (vol. XXIX, n. 358), e per l'ipoteca legale non vi è bisogno d'una disposizione espressa, poichè la legge non enumera e non limita i crediti della moglie ai quali è attribuita l'ipoteca. Essa pone come principio che la moglie ha un'ipoteca per tutti i diritti che le spettano contro il marito, e quindi anche per il credito di lutto (n. 333).

Ha un'ipoteca pel lutto anche la moglie in comunione di beni? A termini dell'art. 1481, la moglie, pur rinunciante, ha diritto al lutto, a spese degli eredi del marito. Dire che il lutto è a spese degli eredi significa che è un diritto contro il marito, e, siccome questo diritto risulta dalle convenzioni matrimoniali tacite, bisogna decidere che l'art. 47 (codice civile, art. 2121) è applicabile (4).

346. Vi è qualche difficoltà per gli alimenti. Sotto il regime dotale, « la moglie ha la scelta d'esigere gli interessi della sua dote durante l'anno del lutto, o di farsi somministrare gli alimenti pel detto tempo a spese dell'eredità del marito ». Questo diritto agli alimenti deriva da una convenzione tacita, e

---

(1) Riom, 20 luglio 1853 (DALLOZ, 1855, 2, 358).

(2) Rigetto, 29 agosto 1838 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 4202).

(3) MERLIN, *Repertorio*, v. *Deuil*, § I, n. 8. Vedi, nello stesso senso, le autorità citate da AUBRY e RAU, t. III, p. 222, nota 25, § 264 *ter*.

(4) MARTOU, t. III, p. 16, n. 889. Cfr. PONT, t. I, p. 463, n. 437.

quindi è garantito dalla ipoteca legale (1). Troplong obbietta che gli alimenti non sono, in questo caso, nè gli interessi nè i frutti della dote (2). Che importa ciò? Non è un credito dotale che la moglie esercita: essa invoca una convenzione nuziale, tacita, è vero, ma che è certamente fondata sull'intenzione delle parti contraenti.

La Corte di Bruxelles ha rifiutato l'ipoteca legale alla moglie per gli alimenti che le sono dovuti in forza dell'art. 214 e che può reclamare quando è separata di beni. Essa invoca il testo degli articoli 2121 e 2135, riprodotti, in sostanza, dalla nostra legge ipotecaria (art. 47 e 64) (3). L'argomento equivale a dire che gli alimenti non sono compresi nell'enumerazione che la legge fa dei crediti garantiti dall'ipoteca legale. Abbiamo già risposto a questa cattiva interpretazione della legge (n. 333). La legge non enumera i crediti pei quali la moglie ha un'ipoteca, e meno ancora li limita. L'art. 2135 (legge ip., art. 64) non ha per oggetto di determinare i casi nei quali la moglie ha una ipoteca: esso riguarda unicamente il grado dell'ipoteca legale. Rinnoviamo la critica, perchè ad ogni passo l'errore si ripete. Si applicano le leggi meccanicamente, senza domandarsi quale ne sia l'oggetto, e così avviene che troppo sovente se ne faccia un'applicazione erronea estendendole ad un ordine di cose pel quale non furono stabilite.

La Corte di Liegi si è pronunciata nello stesso senso della Corte di Bruxelles con una considerazione che è per lo meno più speciosa. Essa dice che l'art. 214 impone l'obbligo degli alimenti fra coniugi, astrazion fatta da ogni convenzione nuziale. È un dovere che deriva dal matrimonio, considerato come unione delle persone, e non dal contratto di matrimonio (4). Noi crediamo che la distinzione sia contraria ai termini generali dell'art. 47 (codice civile, art. 2121). Il diritto della moglie agli alimenti è un credito spettante alla moglie, come tale, contro il marito? Sì, dunque l'art. 47 è applicabile. Che importa che l'art. 214 sia collocato al titolo del *Matrimonio*? Esso consacra pure un diritto contro il marito e sui suoi beni; ed ogni azione della moglie contro il marito è assicurata da una garanzia ipotecaria.

347. Gli è ancora in forza delle convenzioni nuziali espresse e più frequentemente tacite, che la moglie ha azione contro il marito amministratore de' suoi beni. Sotto il regime della comunione, il marito viene chiamato amministratore legale dei beni della moglie. 'E vero che la legge (art. 1428) dispone che il marito ha l'amministrazione dei beni personali della moglie,

---

(1) AUBRY e RAU, t. III, p. 223, nota 26, § 264 *ter*.
(2) TROPLONG, n. 418 *bis*, seguito da AUBRY e RAU, t. III, p. 217, nota 6, § 264 *ter*. Cfr. MARTOU, t. III, p. 16, n. 890.
(3) Bruxelles, 19 febbraio 1829 (*Pasicrisie*, 1829, p. 65).
(4) Liegi, 29 marzo 1862 (*Pasicrisie*, 1862, 2, 209).

ma questa disposizione, come tutte quelle della comunione legale, non sono imposte ai coniugi più che nol siano le disposizioni del titolo della *Vendita* alle parti contraenti, perchè la comunione legale non è che un'associazione tacitamente convenuta dai futuri coniugi. L'azione di responsabilità che la moglie ha contro il marito amministratore è dunque fondata sulle convenzioni nuziali; donde segue ch'essa è garantita dall'ipoteca legale. Abbiamo veduta un'applicazione del principio trattando della dote (n. 335).

348. Si è presentato un caso abbastanza singolare. Un marito fece una donazione alla moglie e trascurò di trascriverla. Per conseguenza, la donazione non poteva essere opposta ai terzi. Era un danno che la moglie subiva per negligenza del marito amministratore. L'art. 942 le accorda un regresso per questo titolo contro il marito. Questa azione è garantita dall'ipoteca legale? L'affermativa è certa, poichè la prima obbligazione del marito amministratore è di conservare i diritti della moglie, ed egli è tenuto a conservarli anche quando questi diritti procedano da lui. Se dunque lascia perire una donazione fatta alla moglie per mancanza d'atti conservativi, la moglie ha contro di lui un'azione d'indennità, fondata sulle convenzioni matrimoniali, e quindi un'ipoteca legale. Nella specie vi era un dubbio che ha tratto in errore la Corte di Poitiers. I terzi detentori degli immobili gravati dall'ipoteca legale opponevano alla moglie che la donazione, non essendo stata trascritta, non poteva esser loro opposta; che, per conseguenza, la moglie non aveva alcuna azione contro di loro per questa donazione. La Corte confondeva due ordini di idee ben distinti, l'effetto della donazione a riguardo dei terzi e l'azione di responsabilità della moglie contro il marito, azione garantita dall'ipoteca legale. La moglie non opponeva la sua donazione ai terzi, e quindi non vi era luogo ad invocare la mancanza di trascrizione; essa intentava l'azione ipotecaria in forza delle convenzioni matrimoniali e della responsabilità incorsa dal marito. La sentenza della Corte di Poitiers venne cassata per questo titolo, e, sul rinvio, la Corte d'Angers si è uniformata al parere della Corte suprema (1).

349. Vi ha un regime sotto il quale il marito non è amministratore dei beni della moglie, il regime della separazione dei beni e il regime dotale per quanto riguarda i beni parafernali. La moglie stessa amministra il suo patrimonio. Pare dunque ch'essa non possa avere alcuna azione contro il marito per questi beni, nè, per conseguenza, alcuna ipoteca. Così avviene quando il fatto è in armonia col diritto, il marito restando estraneo ad ogni gestione dei beni della moglie. Ma ben di sovente il fatto è in opposizione col diritto. La moglie lascia l'amministrazione

---

(1) Cassazione, 10 marzo 1840, e Angers, 10 marzo 1841 (DALLOZ, v. *Dispositions*, n. 1595, 2.°).

de' suoi beni al marito. Avrà essa, per questo titolo, un'ipoteca legale? Essa ha un'azione, e quindi un'ipoteca. Vi è però un motivo di dubitare Non è in forza delle convenzioni matrimoniali che la moglie agisce, poichè, secondo queste convenzioni, il marito è senza diritto e senza obbligo. Se il marito amministra i beni della moglie, lo fa in forza d'un mandato, o contro il volere della moglie. In nessun caso il marito è responsabile come tale; egli lo è come mandatario, o in forza di un'immistione illegale (art. 1577-1579). L'obbiezione non tiene alcun conto dei rapporti che il matrimonio stabilisce fra i coniugi. Se la moglie lascia al marito la gestione dei suoi interessi, ciò non avviene in conseguenza d'un mandato ordinario, ma perchè è naturale che il marito vegli ai diritti della moglie. Questa gestione è dunque, come l'amministrazione cosidetta legale, una conseguenza del matrimonio, e quindi l'art. 47 (codice civile, art. 2121) diviene applicabile. Se il marito amministra malgrado l'opposizione della moglie, vi ha abuso della podestà maritale. Gli è dunque sempre in forza del matrimonio che il marito s'impadronisce d'una amministrazione che non gli appartiene. Certo la moglie non soffrirebbe che un terzo usurpasse una gestione ed un godimento ai quali non avesse alcun diritto. Se tollera l'immistione illegale del marito, malgrado l'opposizione che vi ha fatta, è perchè non è libera. 'E dunque giusto ch'essa abbia la garanzia che la legge le accorda precisamente in forza della sua incapacità legale. Tale è il parere quasi unanime degli scrittori e della giurisprudenza (1).

N. 3. — Delle riprese.

350. L'art. 64, dopo aver stabilito, nel paragrafo primo, che la moglie avrà un'ipoteca per le sue convenzioni, dice, nel secondo, che la moglie potrà egualmente *stipulare*, nel suo contratto di matrimonio, una ipoteca speciale per le sue *riprese di ogni natura*, anche *condizionali* o *eventuali*. Questa disposizione dà luogo ad una prima difficoltà. La parola *stipulare*, di cui la legge si serve, implica che l'ipoteca per le riprese è convenzionale? Ritorneremo sulla questione trattando della specializzazione dell'ipoteca legale. Pel momento dobbiamo vedere che cosa si intenda per *riprese*.

La parola *riprese* si trova nel capo che tratta della divisione della comunione. Quando la moglie accetta la comunione, si procede a diverse operazioni preliminari alla divisione, di cui la più importante è quella dei prelevamenti. Ogni coniuge preleva: 1.° i suoi beni personali, se esistono in natura, o quelli

(1) Vedi le citazioni in AUBRY e RAU, t. III, p. 218, note 13 e 14, § 264 *ter*, e le sentenze nel *Repertorio* di DALLOZ, v. *Privilèges*, n. 881.

che sono stati acquistati in sostituzione; 2.° il prezzo dei suoi beni immobili che vennero alienati durante la comunione, e che non furono sostituiti da altri; 3.° le indennità che le sono dovute dalla comunione. La moglie ha certi privilegi per l'esercizio dei suoi prelevamenti. A termini dell'art. 1472, « il marito non può esercitare le sue *riprese* che sulla *massa*; la moglie e i suoi eredi, in caso d'insufficienza della comunione, esercitano le loro *riprese* sui beni personali del marito ». Gli è pel motivo che la moglie ha un regresso contro il marito per l'esercizio delle sue riprese che la legge le accorda un'ipoteca a garanzia dei suoi diritti. La moglie rinunciante esercita sempre le sue riprese contro il marito (art. 1495), ed ha diritto di *riprendere* tutto ciò che preleva in caso d'accettazione (art. 1493). La ragione si è che le *riprese* comprendono i beni propri della moglie, i beni acquistati in sostituzione dei beni proprii, il prezzo dei beni proprii alienati e le indennità che sono dovute alla moglie nel caso che la comunione si sia arricchita a spese dei suoi beni. Le riprese cadono dunque su beni o valori che non entrano in comunione. Abbiamo detto, al titolo del *Contratto di matrimonio*, perchè la moglie abbia, per questo titolo, un'azione contro il marito.

La parola *riprese* si trova anche nell'art. 1443, che determina le cause per le quali la moglie può chiedere la separazione dei beni. Essa ha questo diritto quando il disordine degli affari del marito dia luogo a temere che i suoi beni non siano sufficienti a soddisfare i *diritti* e le *riprese* della moglie. Va da sè che la moglie ha un'ipoteca per l'esercizio delle sue riprese, in caso di separazione dei beni, come negli altri casi in cui viene a sciogliersi la comunione. 'E questa la più naturale e la più indispensabile delle garanzie, poichè si tratta di tutelare il patrimonio della moglie.

351. L'art. 64 dice che la moglie ha un'ipoteca per le sue *riprese di qualsivoglia natura*, il che suppone che vi sono varie riprese. Sotto il regime della comunione legale, la sostanza mobiliare della moglie entra nell'attivo della società formata dai coniugi. La moglie non la riprende: essa non ha, per questo titolo, alcuna azione contro il marito e quindi non ha ipoteca. Ma la moglie può stipulare la ripresa dei suoi mobili in tutto o in parte. Tale è l'oggetto sia delle clausole di realizzazione, sia della comunione d'acquisti. La legge chiama *prelevamento* o *ripresa* anche il diritto che la moglie esercita, in forza di queste clausole, sui mobili che sono esclusi dalla comunione (art. 1498, 1303). Questo diritto è identico a quello che la moglie esercita sulla comunione legale. La moglie ha azione contro il marito, e questa azione è garantita da un'ipoteca. Tale è il diritto comune consacrato dall'art. 47 (codice civile, art. 2121). Sarebbe stato inutile parlarne nell'art. 64. Se la legge ne parla, è per dire che la moglie ha un'ipoteca anche nei casi in cui la ripresa sia condizionale o eventuale.

Quando la ripresa è *condizionale?* Se ne ha un esempio nella clausola prevista dall'art. 1514. La moglie può stipulare che, in caso di rinuncia alla comunione, riprenderà tutto o parte di ciò che vi avrà conferito, sia al momento del matrimonio, sia dopo. La ripresa è condizionale, poichè la moglie non vi ha diritto che nel caso in cui rinunci. In questa ipotesi, essa ha un'ipoteca per garanzia delle sue riprese, poichè i diritti della moglie rinunciante si esercitano necessariamente contro il marito. Anche la ripresa stipulata in forza dell'art. 1514 è *eventuale*, in quanto cade sui mobili che perverranno alla moglie durante la comunione per successione o donazione.

Anche l'*antiparte* si chiama ripresa. L'art. 1515 dice che la moglie non esercita questo *prelevamento* che quando accetta la comunione. Poichè la legge dà il nome di *riprese* ai prelevamenti che fanno i coniugi (n. 350), anche l'antiparte si può chiamare una *ripresa*. 'E un diritto *condizionale*. La sopravvivenza è la condizione ordinaria sotto la quale viene stipulato. Esso è anche un diritto *eventuale*, poichè, in generale, si esercita sulla massa, ma, in questo caso, non dà azione alla moglie contro il marito e, quindi, non dà ipoteca. Perchè la moglie abbia un'azione garantita da un'ipoteca, bisogna che stipuli l'antiparte anche pel caso che rinunciasse alla comunione (n. 343).

Le clausole di divisione ineguale della comunione non danno luogo, in generale, all'ipoteca legale, poichè i coniugi dividono la comunione nello stato in cui si trova, senza che la moglie abbia un'azione contro il marito, e senza azione non vi ha ipoteca. Tuttavia, quando i coniugi stipulano che la totalità della comunione apparterrà al superstite o ad uno di essi, l'altro coniuge o i suoi eredi fanno la *ripresa* delle collazioni e dei capitali caduti per questo titolo nella comunione. Se è la moglie che esercita questa ripresa, avrà un'ipoteca legale. 'E una ripresa *condizionale* e *eventuale* in quanto riguarda i beni che perverranno alla moglie durante la comunione. Quello che diciamo della moglie si applica ai suoi eredi. Così vuole il diritto comune.

352. Si legge in una sentenza della Corte di Riom, pronunciata sotto la presidenza di Grenier, che per *ripresa* si intese sempre la ripresa della dote sotto il regime della comunione (1). Le disposizioni del codice che abbiamo citate (nn. 349 e 350) confermano questo significato tradizionale. Tutti i beni della moglie in comunione sono dotali. Gli uni diventano proprietà della comunione, e, per questo titolo, la moglie non può aver ipoteca, poichè non ha azione; gli altri sono ripresi dalla moglie, e per garanzia delle sue riprese essa ha un'ipoteca legale.

Gli interpreti della legge ipotecaria danno un significato più ampio alla parola *riprese*. Essi intendono per riprese le somme di

---

(1) Riom, 4 marzo 1822 (DALLOZ, v. *Privilèges*, n. 881, p. 241).

cui, per vari titoli, la moglie è in diritto di reclamare dal marito il conto ed il rimborso (1). Si confondono in tal modo le *riprese* con quelli che l'art. 47 (codice civile, art. 2121) chiama *diritti e crediti*. Tale non è il linguaggio del codice, ma tale sembra essere quello della legge ipotecaria. Il § 2 dell'art. 64 chiama *riprese* i diritti *condizionali* o *eventuali* della moglie, e l'articolo 67 dice che la moglie può prendere iscrizione per *qualsivoglia causa di regresso* possa avere contro il marito; il che, secondo l'interpretazione generalmente seguìta, si riferisce alle *riprese* di cui è parola nel § 2 dell'art. 64. Secondo questa interpretazione, ogni causa di regresso della moglie contro il marito sarebbe una *ripresa*.

Ciò importa poco per quanto riguarda la questione che stiamo ora esaminando, la questione cioè di sapere per quali diritti la moglie ha un'ipoteca legale. 'E certo che la moglie ha un'ipoteca per ogni causa di regresso che le spetta contro il marito. Che questi diritti si chiamino *riprese*, è del tutto indifferente. Ma non è più così quando si tratta di determinare il grado dell'ipoteca legale. Se si confondono le *riprese* coi *diritti* della moglie, quali essi siano, si viene ad una conseguenza che ci è difficile ammettere, cioè che la moglie può far specializzare nel suo contratto di matrimonio, in forza dell'art. 64, ogni sorta di crediti eventuali ch'essa può acquistare, durante il matrimonio, contro il marito. Così le successioni e donazioni alle quali la moglie può essere chiamata durante il matrimonio sarebbero *riprese*, per garanzia delle quali la moglie potrebbe far specializzare la sua ipoteca nel contratto di matrimonio e inscriverla immediatamente. Questo ci pare dubbio. La legge dà alla moglie un'ipoteca per la garanzia dei suoi *diritti*; non gliene dà per le sue *speranze*, e le successioni o donazioni future non sono che speranze. Ritorneremo su questo punto.

353. Le riprese, nel linguaggio del codice, suppongono convenzioni matrimoniali espresse o tacite, in forza delle quali la moglie *preleva* certi beni o li *riprende*. Ciò implica, come dice la Corte di Riom, che la moglie sia in comunione di beni. Sotto gli altri regimi, non può essere questione di *prelevamento*, poichè non vi ha alcuna massa da dividere. I coniugi sono separati di beni. I beni della moglie sono generalmente beni dotali di cui il marito ha il godimento. La moglie li porta nel matrimonio per aiutare il marito a sostenerne i pesi. Quando il regime è sciolto, il marito li restituisce. La restituzione della dote tien luogo di ripresa sotto il regime d'esclusione della comunione e sotto il regime dotale, per quanto riguarda i beni dotali. Riguardo ai beni di cui la moglie conserva l'amministrazione ed il godimento, essa non ha, per principio, nè ripresa nè restituzione da reclamare, poichè non cessa d'averne la pro-

---

(1) MARTOU, *Commentario*, t. III, p. 18, n. 893.

prietà e il possesso. Gli è soltanto quando il marito, di fatto, li amministra e ne gode che la moglie ha contro di lui un credito per questo titolo e, quindi, un'ipoteca (n. 349).

N. 4. — Dei diritti nati durante il matrimonio.

354. Il codice Napoleone distingue i diritti che sorgono durante il matrimonio da quelli che nascono prima della celebrazione delle nozze, in conseguenza delle convenzioni matrimoniali. Questa distinzione è mantenuta dalla legge ipotecaria. Secondo l'interpretazione generalmente ammessa, la distinzione sarebbe abolita. Crediamo che sia troppo. Importa sempre determinare quando nascono i diritti della moglie, poichè l'ipoteca non potrebbe esistere senza diritto. Secondo il sistema della nuova legge, l'ipoteca della moglie deve essere specializzata e iscritta, di modo che essa non prende grado che a datare dalla sua iscrizione, come le ipoteche convenzionali, e il tempo in cui può essere iscritta dipende dalla data alla quale il credito è nato. Abbiamo esaminati i diritti che sorgono prima del matrimonio. Ci resta da vedere quali sono quelli che nascono durante il matrimonio. L'art. 67 della legge li enumera (cod. civ., art. 2135). Si tratta forse d'una enumerazione restrittiva? Abbiamo già risposto alla domanda. L'oggetto dell'art. 67 non è di determinare, limitandoli, i diritti che la moglie acquista contro il marito durante il matrimonio; la legge regola soltanto il modo di specializzare l'ipoteca della moglie. Quanto ai diritti per la garanzia dei quali essa ha un'ipoteca, si applica l'art. 47. Ogni diritto che dà azione alla moglie contro il marito è garantito dall'ipoteca legale.

355. L'art. 67 è concepito in questo senso. Esso pone il principio che la moglie può chiedere iscrizione per *qualunque causa* di regresso possa avere contro il marito. Poi la legge dà degli esempii: « Come quelle che risultano da donazioni o da successioni alle quali fosse stata chiamata ». Abbiamo detto (n. 352) che le successioni e donazioni che la moglie raccoglie durante il matrimonio non sono *riprese eventuali*, nel senso dell'art. 64. Senza dubbio il regime che i coniugi adottano col loro contratto determina se i beni che pervengono alla moglie durante il matrimonio restano suoi, o se diventano proprietà del marito entrando nell'attivo della comunione. Gli è, per conseguenza, il contratto di matrimonio che stabilisce il principio delle riprese che la moglie ha diritto d'esercitare, ma le convenzioni nuziali non possono specializzare queste riprese, poichè esse non sono che una speranza per quanto riguarda le successioni, e le donazioni non sono nemmeno una speranza. Ecco perchè l'art. 67 menziona le successioni e le donazioni fra i diritti pei quali la moglie può prendere iscrizione durante il matrimonio. Ciò è anche razionale. Non può esservi ipoteca finchè la moglie

non ha un diritto almeno eventuale da tutelare. Ora, l'erede e il donatario non hanno alcun diritto prima dell'apertura della successione o prima che la donazione sia perfetta. Quando perviene alla moglie un'eredità o le è fatta una donazione, bisogna vedere se i beni ch'essa raccoglie resteranno suoi. In questo caso, essa avrà un'azione di ripresa, od un'azione di restituzione e, per conseguenza, un'ipoteca legale. Se, al contrario, i beni diventano proprietà del marito, senza ch'egli sia tenuto alla restituzione verso la moglie, questa, non avendo alcuna azione contro il marito, non avrà ipoteca.

356. L'art. 67 dà come esempio di diritti nati durante il matrimonio anche il regresso che la moglie ha contro il marito per l'alienazione dei suoi beni *proprii*. Questa parola *proprii* non è usata che nel regime di comunione, perchè, sotto questo regime, vi hanno beni che non restano proprii della moglie. Sono i mobili che entrano da parte sua nella comunione, e che fanno parte della massa di cui il marito è signore e padrone durante il regime. Allo scioglimento della comunione la moglie non riprende i suoi mobili; essa divide i beni che compongono l'attivo. Se un bene proprio della moglie è alienato senza reimpiego, la moglie ha un compenso, vale a dire una ripresa, la quale è garantita da un'ipoteca. La moglie ha diritto ad un compenso e ad una ripresa anche « quando la comunione ha tratto un profitto dai suoi beni ». 'E questa una delle cause d'indennità per le quali la moglie ha un'azione contro il marito in caso d'insufficienza della comunione (art. 1470, 1472), e conseguentemente essa ha, per tale titolo, un'ipoteca.

Sotto gli altri regimi non vi sono beni proprii, per la ragione che i coniugi sono separati di beni. La moglie conserverà dunque la proprietà di tutto quanto possiede maritandosi e di tutto quanto acquisterà durante il matrimonio. Se aliena un bene, avrà, per questo titolo, un'ipoteca? Sì, se il marito ha il godimento del prezzo, perchè egli ne diverrà proprietario in forza del quasi-usufrutto, e, per conseguenza, sarà tenuto alla restituzione, e per la garanzia di questa restituzione la moglie ha un'ipoteca. Sotto il regime della separazione dei beni è la moglie che riscuote il prezzo, e quindi non ha, per principio, nè credito nè ipoteca in caso d'alienazione. Ma se il marito riscuotesse il prezzo e lo adoperasse a suo profitto, la moglie avrebbe un'azione d'indennità e, quindi, un'ipoteca. Rimandiamo a quanto si è detto più sopra (n. 338). Accade lo stesso se la moglie vende uno dei suoi beni parafernali sotto il regime dotale. Quanto all'alienazione degli immobili dotali, la moglie ha parimenti un'azione contro il marito, come abbiamo detto parlando della dote (n. 339).

357. Il terzo esempio che dà l'art. 67 dei diritti che nascono durante il matrimonio riguarda il regresso che la moglie ha contro il marito per obbligazioni da lei sottoscritte. Ciò suppone che la moglie si obblighi nell'interesse del marito o della

comunione. Quando essa si obbliga nel suo proprio interesse, non può avere nè regresso, nè, per conseguenza, ipoteca. Essendo debitrice, deve sopportare il debito, e quindi non può parlarsi nè di regresso nè d'ipoteca (1). Ma quando si obbliga col marito, per gli affari della comunione o del marito, si ritiene, a termini dell'art. 1431, che non si sia obbligata se non come mallevadrice, quand'anche si fosse obbligata in solido, e per conseguenza deve essere indennizzata dell'obbligazione che ha contratta. Questa azione d'indennità è garantita da un'ipoteca.

La Corte di cassazione ha dedotto da tale principio una conseguenza importantissima. Di regola le indennità della moglie non si esercitano che allo scioglimento della comunione, per via di prelevamento e di ripresa. Ma la moglie, essendo reputata mallevadrice in forza dell'art. 1431, può invocare il beneficio dell'art. 2032. Nei casi previsti da quest'ultima disposizione, il fideiussore, anche prima d'aver pagato, può agire contro il debitore per essere da lui indennizzato. Egli ha questo diritto, specialmente quando il debitore è fallito o divenuto insolvente. Quando dunque si apre una graduatoria sui beni del marito, la moglie può presentarvisi, in forza della sua ipoteca legale, per l'importo dell'indennità che la legge le accorda come mallevadrice del marito. Questa indennità, dice la Corte, costituisce a vantaggio della moglie un diritto attuale, un credito liquido ed esigibile, pel quale essa può con fondamento agire ipotecariamente, anche durante la comunione e prima della liquidazione delle sue riprese propriamente dette, risultanti dalle sue collazioni matrimoniali e dall'alienazione dei suoi beni proprii. Nella specie, la moglie aveva surrogato un creditore nel beneficio della sua ipoteca legale. Siccome il surrogato esercita tutti i diritti del surrogante, la Corte ha deciso che il creditore poteva esercitare i diritti della moglie nella graduatoria aperta sui beni del marito; il che non è menomamente dubbio (2).

358. Che dovrà dirsi se la moglie paga volontariamente un debito del marito? Vi ha un motivo di dubitare, cioè che non ci troviamo più nel testo dell'art. 67, il quale suppone un'obbligazione contratta dalla moglie. Fondandosi sulla disposizione analoga dell'art. 2135 del codice Napoleone, la Corte di Grenoble aveva rifiutato l'ipoteca alla moglie che aveva pagato senza esservi obbligata. La sentenza venne cassata. La Corte suprema dice, ed a ragione, che bisogna applicare l'art. 2121 (legge ip., art. 47), il quale dispone, in modo generale ed assoluto, che la moglie ha un'ipoteca legale sui beni del marito per garanzia dei suoi *diritti* e *crediti*. Ora, colle parole *diritti* e *crediti* si deve necessariamente intendere tutto ciò che

(1) Caen, 29 novembre 1872 (Dalloz, 1874, 2, 107).
(2) Cassazione, 26 gennaio 1875 (Dalloz, 1875, 1, 52).

le mogli sono in diritto di reclamare contro i loro mariti, per qualsivoglia titolo. Quando dunque la moglie paga un debito del marito, non si deve distinguere, per quanto riguarda l'ipoteca legale, se lo abbia pagato come condebitrice, come mandataria o come gerente d'affari. Queste distinzioni hanno importanza quando si tratta di determinare se la moglie ha i diritti di un condebitore o di un fideiussore, se la sua azione nasce da un mandato o da una gestione d'affari. Ma quando si domanda se la moglie abbia un'ipoteca legale, non vi ha che una cosa da vedere. Ha essa un'azione contro il marito risultante dai rapporti che il matrimonio stabilisce fra i coniugi quanto ai loro beni? Ora, è certissimo che la moglie la quale paga i debiti del marito li paga come donna maritata, nell'interesse degli affari del marito. Dunque essa deve godere della sua garanzia ipotecaria per ottenere il rimborso delle sue anticipazioni (1).

359. Vi ha un caso in cui la moglie, quantunque obbligata, non ha nè regresso, nè ipoteca, quando cioè si è obbligata col marito per frodare i diritti dei suoi creditori. La Corte di Bruxelles ha giudicato così (2), e la soluzione non è dubbia. La legge protegge la moglie contro la sua debolezza e la sua incapacità, ma non protegge la frode.

N. 5. — Delle spese.

360. La donna maritata fa spese giudiziali. Se ha un regresso, per questo titolo, contro suo marito, la sua azione sarà garantita dall'ipoteca legale? Generalmente si ammette l'affermativa. Secondo l'opinione che noi abbiamo insegnato intorno all'ipoteca legale della moglie, questa soluzione è dubbia. La legge non parla delle spese, ma poco importa, perchè essa non enumera e non limita i diritti pei quali accorda un'ipoteca alla moglie. Gli articoli 64 e 67 sono estranei alla questione; essi non riguardano che la specializzazione dell'ipoteca: vale a dire il grado che le spetta. Sede della materia è l'articolo 47, e questa disposizione, tolta al codice civile, è concepita nei termini più generali. La Corte di cassazione ci ha detto che bisogna comprendervi tutto quanto la moglie è in diritto di reclamare contro il marito (n. 358). Bisogna aggiungere, per completare il pensiero della Corte, purchè sia un'azione sui beni del marito risultante dal matrimonio, poco importando se dal matrimonio considerato come unione delle persone o delle convenzioni matrimoniali relative ai beni, perchè la legge non distingue, e non era il caso di distinguere. La ragione per la quale la legge accorda un'ipoteca alla moglie è la sua incapa-

---

(1) Cassazione, 29 agosto 1870 (DALLOZ, 1870, 1, 353).
(2) Bruxelles, 26 dicembre 1859 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 327).

cità, la sua dipendenza. Questo motivo è generale, e si applica ad ogni azione che sia conseguenza diretta o indiretta del matrimonio.

361. La moglie, sul rifiuto del marito di autorizzarla per un atto giuridico, si rivolge all'autorità giudiziaria che le accorda l'autorizzazione. Ha essa un regresso contro il marito per le spese che è stata obbligata di fare? Si, dice la Corte d'Agen. Il potere del marito non è un potere dispotico. Se il marito ne abusa, rifiutando d'autorizzare la moglie, per spirito di vessazione, deve subire la pena che la legge infligge al litigante temerario; per meglio dire, è tenuto a sopportare le spese che, per abuso della podestà maritale, ha obbligato la moglie a fare. Questo decide la questione dell'ipoteca legale (1). 'E applicabile il principio, come lo abbiamo formulato (n. 360). La moglie dovette ricorrere all'autorità giudiziaria come donna maritata e in forza dell'incapacità da cui è colpita. 'E vero che ciò deriva per causa della podestà maritale, che riguarda essenzialmente la persona della moglie, ma questa podestà reagisce anche sui beni, poichè l'incapacità della moglie, che ne è la conseguenza, consiste precisamente nella necessità d'ottenere l'autorizzazione maritale per gli atti giuridici ch'essa è nel caso di fare.

362. Il principio è applicabile anche alle spese che la moglie è obbligata di fare per la liquidazione dei suoi diritti e riprese. Tali sono, specialmente, le spese della causa per la separazione dei beni. Su questo punto la dottrina e la giurisprudenza sono d'accordo, ma importa precisare quale sia il vero motivo del decidere. Grenier dice che le spese sono gli accessorii del credito principale, e che sono garantite dall'ipoteca, in forza del principio che assicura agli interessi lo stesso grado di preferenza che al capitale (2). La giurisprudenza è nello stesso senso. La Corte di Liegi, decidendo che l'ipoteca legale della moglie garantisce le spese come accessorii, parte da un falso principio; essa considera l'ipoteca legale come un'eccezione, nel senso che non sarebbe accordata alla moglie se non per i diritti enumerati negli articoli 64 e 67 (3). Rispondiamo, colla Corte di cassazione (n. 358), che il principio è posto nell'art. 47 (cod. civ., art. 2121), e in termini talmente generali che è impossibile trovarvi la minima restrizione. Basta che si tratti dei *diritti* d'una *donna maritata.* Se si ammettesse il principio della Corte di Liegi, bisognerebbe conchiuderne che la moglie non ha ipoteca per le spese, perchè le spese non sono un accessorio del diritto principale che spetta alla moglie: non vi sono altri accessorii d'un credito oltre gli interessi e le garanzie che vi si connettono. Del

(1) Agen, 15 novembre 1847 (DALLOZ, 1848, 2, 29). AUBRY e RAU, t. III, p. 218 nota 11, § 263 *ter*, e le autorità che citano.

(2) GRENIER, *Delle ipoteche*, n. 231.

(3) Liegi, 29 marzo 1862 (*Pasicrisie*, 1862, 2, 203).

resto, è perfettamente inutile ricorrere a principii immaginarii per decidere la questione delle spese. L'art. 47 (cod. civ., art. 2121), quale è interpretato dalla Corte di cassazione, tronca ogni difficoltà.

363. Vi ha un dubbio per le spese della domanda di separazione personale e, a maggior ragione, dell'azione di divorzio. Lo scopo di queste azioni è estraneo ai beni dei coniugi, nel senso che la causa della domanda è la violazione delle obbligazioni che il matrimonio, considerato come unione personale, impone ai coniugi. Gli effetti che la separazione e il divorzio producono quanto ai beni non sono che secondarii: sono una conseguenza del rallentamento o della rottura del vincolo coniugale. Non è questo lo scopo che la moglie ha avuto di mira. Tuttavia noi crediamo che il principio dell'art. 47 debba ricevere la sua applicazione. L'attrice intenta l'azione come donna maritata, e la sentenza ch'essa ottiene si eseguisce sui beni del marito per quanto riguarda le spese, il che è decisivo. Non bisogna limitare la protezione che la legge accorda alla moglie, quando essa ha inteso darle una garanzia per tutti i diritti che le spettano contro il marito (1).

§ II. — *Dei beni gravati dell'ipoteca legale.*

364. Le donne maritate hanno, al pari dei minori e degli interdetti, un'ipoteca che è ad un tempo generale e speciale. Essa è generale, perchè, a termini dell'art. 47, cade sui *beni* del marito, senza alcuna restrizione, e quindi sui beni presenti e futuri. 'E speciale, perchè la legge vuole che sia specializzata, sia nel contratto di matrimonio, sia, durante il matrimonio, per ordinanza del presidente. La specializzazione ha per iscopo di limitare l'iscrizione agli immobili necessarii per dare alla moglie una completa garanzia. Quando si fa nel contratto di matrimonio, il marito può tutelare egli medesimo i suoi interessi, poichè è parte nel contratto. Quando è il presidente che specializza l'ipoteca, il marito non concorre alla specializzazione, ma se l'iscrizione chiesta dalla moglie è eccessiva, può domandarne la riduzione. Al contrario, la moglie può, durante il matrimonio, chiedere un'iscrizione supplementare, od anche una prima iscrizione sui beni che il marito acquista dopo la celebrazione del matrimonio. In questo senso, i beni futuri del marito sono soggetti all'ipoteca della moglie. Ma non può esservi iscrizione su questi beni se non dopo che il marito ne ha fatto l'acquisto. Così il marito non potrebbe, al momento del contratto di matrimonio, chiedere che l'iscrizione sia fatta su beni futuri. Si era proposto di dargli

---

(1) Vedi, sulle spese in generale, AUBRY e RAU, t. III, p. 218, note 9-12, § 264 *ter*; PONT, t. I, p. 463, n. 439, e le note 2 e 3, e la giurisprudenza nel *Repertorio* di DALLOZ, v. *Privilèges*, nn. 891-898.

questo diritto. Era un ritorno al sistema del codice civile che il legislatore belga ha voluto modificare. Perchè l'ipoteca legale della moglie sia pubblica, bisogna che l'iscrizione apprenda ai terzi quali sono i beni del marito che ne sono gravati e quali beni siano liberi. Per conseguenza, l'ipoteca deve essere specializzata quanto ai beni, e non può esserlo se non quando è stabilita sui beni che spettano al marito al momento dell'atto che la specializza (1).

365. La legge dice che la moglie ha ipoteca sui beni del marito. Ne consegue che, se il marito è socio e la società possiede immobili, questi beni sono o non sono colpiti dall'ipoteca della moglie secondochè la società forma o non forma una persona civile. Rimandiamo, quanto al principio, al titolo della *Società*. L'applicazione non soffre alcuna difficoltà. La legge dichiara che le società commerciali sono persone civili. La società come corpo morale è dunque la proprietaria degli immobili che possiede, e quindi la moglie non ha ipoteca su questi immobili, perchè il marito, socio, non vi ha alcun diritto, nemmeno un diritto di comproprietà (2). Accade altrimenti delle società civili. Secondo l'opinione che noi abbiamo insegnata, queste società non costituiscono persone giuridiche. Per conseguenza i beni appartengono ai soci, e sono quindi colpiti dall'ipoteca legale a vantaggio della moglie, come tutti i beni indivisi di cui il marito è proprietario.

366. Il marito può alienare e ipotecare la proprietà che gli spetta in una successione, o in ogni altra massa indivisa. Per conseguenza, anche questa proprietà è colpita dall'ipoteca legale a vantaggio della moglie, salva l'applicazione del principio dell'art. 883. Se, al momento della divisione, l'immobile non cade nella quota del marito, l'ipoteca svanisce, poichè si riterrà che l'immobile non sia mai stato proprietà del marito. Al contrario, se l'immobile è posto nel lotto del marito, si riterrà che questi ne abbia sempre avuta l'esclusiva proprietà, e quindi la moglie avrà un'ipoteca su tutto l'immobile. Resta a sapere quali sono gli atti che la legge considera come una divisione. Rimandiamo, su questo punto, a quanto si è detto al titolo delle *Successioni* (3).

367. Secondo l'art. 2125 (legge ip., art. 74), « coloro che non hanno sopra un immobile che un diritto sospeso da una condizione, o risolubile in certi casi, o soggetto a rescissione, non possono consentire che un'ipoteca soggetta alle stesse condizioni od alla stessa rescissione ». Questo principio si applica anche all'ipoteca legale. Se il marito è proprietario sotto condizione

---

(1) Seduta del 7 febbraio 1851 (PARENT, pp. 331 e 332).

(2) Vedi la giurisprudenza nel *Repertorio* di DALLOZ, v. *Privilèges*, nn. 774 e 935. Bisogna aggiungere rigetto, 29 maggio 1865 (DALLOZ, 1865, 1, 380).

(3) Vedi la giurisprudenza nel *Repertorio* di DALLOZ, v. *Privilèges*, nn. 938-940. Bisogna aggiungere Angers, 27 maggio 1864 (DALLOZ, 1864, 2, 152).

sospensiva, la moglie può prendere iscrizione, ma il suo diritto sarà sospeso dalla stessa condizione. E se la condizione è risolutiva, il suo diritto svanirà qualora questa venga a verificarsi. Vi sono due casi nei quali il codice civile deroga a questo principio. Il diritto di riversibilità stipulato dal donante è una condizione risolutiva. Tuttavia quando la condizione si adempie, l'ipoteca della dote e delle convenzioni matrimoniali sussiste, nel caso che la donazione sia stata fatta nello stesso contratto di matrimonio da cui risulta l'ipoteca, ma nessuna azione ipotecaria può essere esercitata contro il donante se non quando i beni del coniuge donatario non bastino a garantire i diritti della moglie (art. 952). Vi è una seconda eccezione in materia di sostituzione. Quando la sostituzione si apre in favore dei chiamati, i diritti consentiti dal gravato sono risolti. Tuttavia la moglie di costui conserva un'ipoteca sussidiaria sui beni da restituirsi, in caso d'insufficenza dei beni liberi, pel capitale dei denari dotali, se il testatore ha così ordinato (art. 1054). Queste disposizioni anormali danno luogo a molte difficoltà. Le abbiamo esaminate al titolo delle *Donazioni e testamenti* (1).

368. La moglie in comunione di beni può prendere iscrizione sugli acquisti? La quistione è molto controversa. A primo aspetto stupisce di vederla posta. L'articolo 47 (codice civile, art. 2121) dice che la moglie ha un'ipoteca legale sui *beni del marito.* Ma quando i coniugi sono maritati sotto il regime della comunione, la legge distingue i beni proprii del marito, che sono beni suoi, e i beni della comunione, che portano il nome di acquisti e di cui la moglie è comproprietaria. Può la moglie avere un'ipoteca su beni di cui ha la comproprietà? Eppure nella dottrina e nella giurisprudenza prevale l'affermativa, e in massima essa non ci pare dubbia. Si legge in una sentenza della Corte di Liegi: « Il marito, secondo l'espressione delle antiche consuetudini, è padrone e signore dei beni della comunione. È dunque a giusto titolo che la dottrina e la giurisprudenza applicano l'ipoteca legale della moglie tanto agli acquisti quanto ai beni proprii del marito » (2). Si obbietta, perchè tutto è controverso in siffatte quistioni, che il codice civile non ripete che il marito sia signore e padrone della comunione (3). È vero, ma se non riproduce la formola, riproduce la cosa. Infatti, a termini dell'articolo 1421, il marito può vendere i beni della comunione, può ipotecarli senza il concorso della moglie. Ecco precisamente la signoria che le nostre consuetudini riconoscevano al marito, capo della comunione: Se può alienare e ipotecare, è proprietario; i beni si trovano nel suo dominio; sono quindi, alla lettera, beni del marito, e come tali, devono essere colpiti dall'ipoteca legale. Non si può contestar ciò senza cadere in una strana anomalia. I beni

(1) Confronta VALETTE, p. 248 e seg.
(2) AUBRY e RAU, t. III, p. 225, nota 29 e 264 *ter*.
(3) Vedi, in questo senso, VALETTE, p. 251 e seg.

che possono essere ipotecati mediante convenzione possono anche essere ipotecati per legge. Per quale strana eccezione il marito avrebbe il diritto d'ipotecare gli acquisti, senza che la legge potesse colpirli d'ipoteca?

369. Ma se il principio è incontestabile, l'applicazione non va scevra da difficoltà. Bisogna anzitutto distinguere se gli acquisti sui quali la moglie ha preso iscrizione vennero, oppur no, alienati od ipotecati. Supponiamo anzitutto che, allo scioglimento della comunione, i beni sieno liberi e si trovino ancora nella massa comune. La moglie può accettare o rinunziare. Se accetta, gli immobili sono compresi nella divisione. Se sono posti nella sua quota, l'ipoteca cade, non potendo la moglie avere ipoteche sulla cosa sua propria. D'altronde per effetto della divisione (art. 885) si ritiene che il marito non abbia mai avuto alcun diritto sui beni messi nella quota della moglie: questi beni non furono mai suoi, e quindi non hanno potuto essere colpiti dall'ipoteca legale della moglie. Se, al contrario, i beni cadono nella quota del marito, egli ne è sempre stato proprietario: i beni sui quali la moglie ha preso iscrizione sono beni del marito, in forza d'un testo formale, l'articolo 883, e quindi restano colpiti dall'ipoteca della moglie. Su questo punto non potrebbe esservi serio dubbio. La moglie può anche rinunciare. Qui incomincia il dubbio. Quale è l'effetto della rinuncia? La moglie rinunciante cessa d'essere moglie in comunione, e in realtà, essa non lo è mai stata. Se il principio è vero, decide la quistione. Il marito è sempre stato proprietario dei beni della comunione, questi beni furono sempre suoi. La conseguenza è evidente. Non vi ha più differenza fra i beni propri e gli acquisti. Essi si confondono in un unico patrimonio, e, per conseguenza, tanto gli acquisti quanto i beni proprii vennero colpiti dalle ipoteche legali della moglie. Si fanno obbiezioni, che incontreremo nell'ipotesi che la moglie concorra con un terzo acquirente o con un creditore ipotecario. Nella ipotesi che stiamo esaminando, la moglie non è in conflitto che coi creditori chirografari del marito. Ora la moglie può oppor loro la sua ipoteca legale, come i creditori ipotecari del marito possono opporre la loro ipoteca convenzionale. Su questo punto si è quasi d'accordo (1).

370. La questione che discutiamo non diviene dubbia se non quando il marito abbia alienato o ipotecato i beni sui quali la moglie ha preso iscrizione. Bisogna ancora distinguere se la moglie accetta o rinuncia. Si ammette in generale che se la moglie accetta, l'ipoteca cade, mentre sussiste se la moglie rinuncia. La soluzione dipende dal punto di sapere quale sia l'effetto dell'accettazione e della rinuncia. Qui sono controversi gli stessi principii.

---

(1) Rigetto, sezione civile, 1 agosto 1848 (DALLOZ, 1848, 1, 189). VALETTE, p. 252, 1. PONT, t. I, p. 559, n. 521.

Quando la moglie accetta è definitivamente associata, e lo è stata sempre. Come associata si ritiene abbia concorso agli atti che il marito ha fatto durante la comunione. Quale è l'effetto di questo concorso per quanto riguarda l'ipoteca legale? Supponiamo che il marito abbia alienato l'immobile su cui la moglie ha preso iscrizione. Se realmente la moglie fosse concorsa nella vendita, come parte nel contratto, questo concorso avrebbe avuto per effetto la rinuncia della moglie alla sua ipoteca, per meglio dire, alla sua iscrizione ipotecaria, a riguardo dell'acquirente. È l'applicazione dell'articolo 71 sul quale ritorneremo. Questo primo punto non è contestato. Esso contiene, a nostro avviso, la decisione della controversia. Infatti l'accettazione della moglie equivale al suo concorso. Accettando la comunione essa accetta tutti gli atti del marito come associato, e quindi si ritiene che abbia figurato come parte in tutti questi e perciò anche nell'atto con cui il marito ha alienato l'acquisto sul quale essa aveva preso iscrizione. Pertanto essa non può opporre la sua ipoteca all'acquirente. Si dirà che quest'argomentazione si fonda sopra una finzione, e che non vi ha finzione senza legge? È vero che manca un testo il quale dica che la moglie accettante si ritiene abbia concorso agli atti del marito, ma non era necessario un testo, perchè non si tratta d'una finzione, bensì, al contrario, della realtà. La moglie accettante è associata; essa lo fu sempre, e nella società che si chiama comunione la moglie viene rappresentata dal marito, diciamo meglio, è assorbita da lui. Tutto ciò ch'egli fa, si ritiene fatto dalla società, che si concentra nel marito. Basta dunque che il marito alieni un acquisto perchè la moglie accettante sia ritenuta venditrice con lui. Tanto vero che la moglie è garante, almeno per la metà, e, secondo altri, per l'intero. Checchè sia di ciò, noi non invochiamo la garanzia, ma soltanto il concorso della moglie nell'atto, che non potrebbe essere contestato. Ora, dal momento che la moglie è parte nell'atto, rinuncia tacitamente a valersi della sua ipoteca contro il terzo acquirente. Quello che diciamo dell'alienazione si applica anche all'ipoteca. La moglie che concorre nell'atto col quale il marito ipoteca un acquisto rinuncia al beneficio della sua iscrizione in favore del creditore ipotecario. Ora, quando essa accetta, è parte nell'atto, vi ha concorso, il che decide la questione (1).

371. Al contrario la moglie rinunciante si ritiene non essere mai stata in comunione di beni: essa non è mai stata associata, non si può dire ch'essa sia concorsa negli atti del marito. Questi ha disposto dei beni di cui, in conseguenza della rinuncia, era proprietario esclusivo come avrebbe disposto d'un bene proprio. Non vi è più alcuna differenza fra i beni propri e gli

(1) AUBRY e RAU, t. III, p. 226, nota 31 e 264 *ter*, e in senso diverso le autorità che vi sono citate. Bisogna aggiungere Bordeaux, 28 giugno 1870. (DALLOZ, 1871, 2, 99).

acquisti, e quindi la moglie conserva la sua ipoteca sugli acquisti come la conserva sui beni propri (1).

Si contesta il principio. La legge non ripete della moglie rinunciante quello che dice dell'erede rinunciante. Questi si ritiene che non sia mai stato erede, ma tale finzione è estranea alla moglie, la quale fu realmente associata, poichè suo marito ha agito come padrone e signore, in nome di lei: egli l'ha rappresentata. In tal qualità, ebbe il potere d'alienare e d'ipotecare. Può la moglie, mediante la sua rinuncia, far cadere gli atti che il marito aveva diritto di fare in di lei nome? Che diviene allora il potere assoluto, la signoria che la legge accorda al marito? Si può dire che il marito ha il diritto di alienare e d'ipotecare, quando la moglie, rinunciando, farebbe cadere le alienazioni e le ipoteche?

Vi è una risposta a queste obbiezioni e la crediamo perentoria. No, la legge non dice in termini formali che la moglie rinunciante non sia mai stata associata, ma lo dicono la tradizione ed i principii. Dumoulin, col suo energico linguaggio, osservava che la moglie, durante il matrimonio, non era associata; che vi era soltanto speranza che lo divenisse. Quando lo diviene? Quando accetta. Se rinuncia non lo è stata mai. Ecco quello che dice la tradizione. È vero che il codice affermi il contrario? Si cita l'articolo 1492, a termini del quale la moglie che rinuncia perde ogni diritto sui beni della comunione. Dire che perde ogni diritto è come dire che ha avuto un diritto. Essa è dunque stata associata e cessa d'esserlo colla sua rinuncia. Senza dubbio la moglie, di fatto, è stata associata, ma dovrà dirsi, per questo, ch'essa abbia concorso agli atti del marito quando rinuncia? Ecco la vera e la sola difficoltà. Ora, la legge ed i principii rispondono che la moglie rinunciante non fu parte negli atti compiuti dal marito, perchè essa non è tenuta alle obbligazioni che ne risultano, e dire che non è debitrice, equivale a dire che non ha parlato nel contratto, che non vi ha concorso, che vi è rimasta estranea; il che è decisivo.

Quello che si soggiunge non è serio. Che l'ipoteca della moglie intralci il diritto di disposizione del marito, chi ne dubita? Ma che cosa prova questo? L'ipoteca che la moglie ha sui beni proprii del marito intralcia anche l'esercizio del suo diritto di proprietà, il che non toglie il diritto della moglie e non distrugge il diritto di proprietà del marito. Solamente il diritto è limitato, smembrato dall'ipoteca. Il diritto del marito come signore e padrone non è intralciato più del suo diritto come proprietario dei suoi beni proprii. L'obbiezione è dunque di quelle che provano troppo e di cui giustamente si dice che non provano nulla.

(1) Bruxelles, 26 luglio 1817 (*Pasicrisie*, 1817, p. 473). Rigetto, sezione civile, 4 febbraio 1856. (DALLOZ, 1856, 1, 161). Confronta AUBRY e RAU, t. III, p. 225, nota 30, e 264 *ter*, e le autorità in senso diverso ivi citate.

372. Rimane una difficoltà sulla quale vi è pure controversia. Durante il matrimonio si apre giudizio di graduazione sopra un acquisto gravato di un'iscrizione a vantaggio della moglie. La moglie potrà presentarvisi e sarà collocata? È impossibile che sia collocata definitivamente, poichè l'esistenza della sua ipoteca è subordinata al partito ch'essa prenderà, allo scioglimento della comunione, e non può parlarsi d'accettare nè di rinunciare finchè la comunione non è sciolta. Ma si ammette una collocazione provvisoria quando il diritto del creditore è eventuale. È stato giudicato che la moglie può invocare questo principio e farsi collocare provvisoriamente. La decisione è una conseguenza logica del principio, se si accolga l'opinione generale che abbiamo insegnata. Se la moglie ha un'ipoteca, in caso di rinuncia, deve avere il diritto di conservarla facendo atti conservativi. Non si può obbiettarle ch'essa ha ipoteca, perchè, durante la comunione, gli acquisti sui quali essa ha preso iscrizione sono proprietà del marito. Il suo diritto attuale di presentarsi alla graduatoria non potrebbe dunque essere contestato. Solo la collocazione non può essere definitiva, perchè l'ipoteca può svanire. Collocandola provvisoriamente si conciliano tutti gli interessi (1).

§. III. — *Specializzazione dell'ipoteca della moglie.*

N. 1. — Oggetto ed effetto della specializzazione.

373. L'ipoteca legale della moglie, al pari di quelle dei minori ed interdetti, era, sotto l'impero del codice civile, dispensata dall'iscrizione nel senso che produceva effetto anche quando non fosse stata iscritta. Essa era anche generale. Così, tutti i beni del marito, presenti e futuri, anche quelli che avesse acquistato dopo lo scioglimento del matrimonio, erano gravati d'ipoteca a vantaggio della moglie. I terzi che trattavano col marito potevano sapere, veramente, che i suoi beni erano soggetti all'ipoteca legale, poichè la legge lo apprendeva loro, ma era loro impossibile conoscere l'estensione di questi pesi, e quando i beni erano alienati, diveniva difficilissimo, dopo numerosi trapassi, assicurarsi se erano stati posseduti da un uomo ammogliato e più difficile ancora informarsi dell'importo dei crediti garanti da questa ipoteca occulta. Una gran parte del suolo era gravata da pesi che i terzi non potevano conoscere. Ne risultava che le transazioni immobiliari erano intralciate con grave danno dei proprietarii che non trovavano il credito al quale la loro sostanza dava loro diritto, o non lo ottenevano

(1) Bastia, 25 gennaio 1862 (DALLOZ, 1868, 2, 147). In senso contrario, Metz, 31 dicembre 1867 (DALLOZ, 1868, 2, 145).

che a condizioni rovinose. La clandestinità e la generalità dell'ipoteca legale della moglie erano incompatibili col principio della nuova legge. Il legislatore belga l'ha assoggettata alla regola generale della pubblicità e della specialità. Perchè l'ipoteca legale della moglie possa essere iscritta, deve essere preventivamente specializzata, ossia deve essere fissato l'importo dei crediti e un atto deve determinare gli immobili sui quali verrà presa iscrizione.

374. Il principio della specializzazione è comune alle ipoteche legali della moglie e dei minori, ma l'organizzazione è diversa. Quando si tratta di minori, la legge vuole che le garanzie ipotecarie sieno loro assicurate dall'apertura della tutela, e prima che il tutore assuma la gestione. Di qui la necessità di specializzare e di iscrivere l'ipoteca in un momento in cui il minore non ha ancora diritti contro il tutore, e in cui è impossibile precisare l'importo dei crediti ch'egli potrà avere. Ciò non è scevro d'inconvenienti. Per principio, l'ipoteca non può esistere finchè non esiste un'obbligazione principale, poichè non potrebbe esservi garanzia accessoria finchè non vi ha un diritto che debba e possa essere garantito. Inoltre vi è pericolo che l'iscrizione che sarà presa prima che il tutore assuma la gestione sia eccessiva e insufficiente, donde la necessità di ridurla o di aumentarla, il che richiede nuove deliberazioni del consiglio di famiglia, quando è già così difficile ottenerne una sola.

La specializzazione dell'ipoteca legale della moglie si fa nello stesso modo? In teoria vi ha una differenza fra i diritti della moglie e i diritti dei minori. Questi hanno azione contro il tutore per la sua gestione, e quindi la garanzia del minore deve esistere fin da quando la gestione comincia. Donde la necessità di specializzare l'ipoteca legale dei minori prima che il tutore entri in funzioni, e di dar grado all'ipoteca prima che il credito esista. Non così della moglie. I diritti che l'ipoteca legale è destinata a garantire nascono in tempi diversi, gli uni prima del matrimonio, e risultano dalle convenzioni nuziali dei futuri coniugi, gli altri durante il corso del matrimonio. Quanto ai diritti che sorgono all'atto del matrimonio, è facile specializzarli e iscrivere ipoteca prima della celebrazione del matrimonio, poichè i coniugi che hanno beni fanno di regola un contratto notarile.

È da questo contratto che procedono i diritti che la moglie ha contro il marito. Era naturale specializzare la garanzia ipotecaria collo stesso atto che dà vita ai diritti ch'essa ha per oggetto d'assicurare. Ma è impossibile specializzare, prima del matrimonio, i diritti che nascono durante il corso dell'unione coniugale,: si tratta o di speranze, come le successioni e le donazioni che la moglie raccoglierà, ma speranze non sono diritti; o di obbligazioni che la moglie contrae col marito: e come prevedere, prima del matrimonio, le necessità che indurranno la moglie ad obbligarsi? Accade lo stesso dei compensi dovuti alla moglie in caso

d'alienazione dei suoi beni proprii: essi dipendono da eventualità che è impossibile prevedere. Bisognava dunque organizzare, riguardo ai diritti della moglie che nascono durante il matrimonio, un modo di specializzazione diverso da quello che si segue per specializzare l'ipoteca della moglie al momento in cui sono stese le convenzioni matrimoniali. Nell'ultimo caso la specializzazione si fa allorchè i diritti nascono, quantunque non diventino certi che colla celebrazione del matrimonio. Nel primo invece, la specializzazione non può farsi che di mano in mano che nascono i crediti della moglie, quando le perviene una eredità, quando contrae una obbligazione nell'interesse del marito, o quando la comunione trae un profitto dai beni proprii della moglie.

375. Questa teoria è quella della legge ipotecaria? Era quella del codice civile (art. 2135). Riguardo al minore il codice non faceva alcuna distinzione: esso gli dava un'ipoteca dal giorno dell'accettazione della tutela, per tutti i diritti ch'egli aveva contro il tutore in dipendenza della gestione di costui. Ma, quanto alla moglie, l'articolo 2135 distingueva. Per la dote e le convenzioni matrimoniali, vale a dire pei diritti che nascono al momento del matrimonio, la moglie aveva ipoteca a datare dal giorno in cui il matrimonio veniva celebrato. Tuttavia, per quanto riguarda la dote, la moglie non aveva ipoteca, per le somme dotali derivanti da eredità pervenutele o da donazioni fattele durante il matrimonio, che a contare dall'apertura delle eredità o dal giorno in cui le donazioni avevano avuto il loro effetto. Dunque il grado dell'ipoteca legale dipendeva dalla data in cui il credito dotale nasceva. Era lo stesso dell'ipoteca per l'indennità dei debiti che la moglie contraeva col marito e per il reimpiego dei suoi beni proprii alienati. Essa aveva grado a partire dal giorno dell'obbligazione o della vendita.

La legge belga ha derogato al codice Napoleone? Vi ha derogato in un punto importantissimo, cioè: che l'ipoteca della moglie non esiste più di pien diritto, essa deve essere specializzata ed iscritta, e il suo grado dipende dalla data dell'iscrizione. Ecco perchè la legge belga non si occupa più del grado dell'ipoteca legale. Questa è soggetta al diritto comune: essa non ha grado che a partire dalla sua iscrizione. Resta a sapere quando può essere iscritta. La legge contiene, a questo riguardo, tre disposizioni. Anzitutto l'articolo 64, che permette alla moglie di specializzare la sua ipoteca per la dote e le convenzioni nuziali nel contratto di matrimonio. L'ipoteca specializzata deve essere immediatamente iscritta prima della celebrazione del matrimonio, ed ha effetto a partire dalla sua iscrizione. È il sistema del codice civile, salvo che l'ipoteca della moglie aveva grado senza iscrizione a partire dal giorno del matrimonio (art. 2135, 2).

L'articolo 64 soggiunge, al § 2, che la moglie può egualmente stipulare, nel contratto di matrimonio, un'ipoteca speciale per garanzia delle riprese di ogni natura, anche *condizionali* o *eventuali*, ch'essa potrà esercitare contro il marito. Questa dispo-

sizione dà luogo ad una prima difficoltà. L'ipoteca per le riprese deve essere *stipulata*, vale a dire è *convenzionale* o *legale*, o la specializzazione soltanto si fa per convenzione? Quest'ultima opinione è la nostra. Ritorneremo sull'argomento. Vi è un'altra difficoltà. Che cosa intende la legge per *riprese di ogni natura, condizionali* o *eventuali?* A nostro avviso, sono le riprese stipulate per contratto di matrimonio, e quindi diritti contrattuali. Poco importa che sieno *condizionali* o *eventuali*, perchè un diritto condizionale o eventuale può essere garantito da un'ipoteca. Se le riprese sono diritti contrattuali, si confondono colle convenzioni matrimoniali menzionate nel § 1. Perchè la legge, dopo aver accennato alle convenzioni matrimoniali in genere. parla delle *riprese* che, secondo la nostra opinione, risultano pure dalle convenzioni matrimoniali? I lavori preparatorii non ci apprendono nulla sull'oggetto del § 2 dell'articolo 64. Bisogna dunque ricorrere alla tradizione. Ora, sotto l'impero del codice civile, la questione di sapere se la moglie aveva un'ipoteca legale per le riprese condizionali ed eventuali stipulate nel contratto di matrimonio, era controversa. Gli autori della nuova legge hanno troncato questa controversia, come fecero di regola per le difficoltà che s'erano presentate nell'applicazione del codice Napoleone (n. 351-355).

376. Gli articoli 66 e 67 confermano la nostra interpretazione. L'articolo 66 prevede il caso in cui l'ipoteca non sia stata stipulata, vale a dire specializzata nel *contratto*, e il *caso* in cui le garanzie determinate nel *contratto* siano insufficienti. Questa disposizione si riporta all'articolo 64, come dice formalmente la fine dell'articolo 66. Supponiamo anzitutto che il contratto di matrimonio taccia su l'ipoteca legale della moglie; ciò non toglie che questa ipoteca esista, poichè esiste in forza della legge. La legge doveva dunque dare alla moglie un mezzo di renderla efficace specializzandola e iscrivendola durante il matrimonio, il che si fa, come diremo più avanti, coll'autorizzazione del presidente del tribunale.

L'ipoteca stipulata nel contratto può anche essere insufficiente. In questo caso, la legge permette alla moglie, sempre autorizzata dal presidente, di prendere un'iscrizione supplementare.

Infine, può non esservi contratto notarile di matrimonio. Le convenzioni matrimoniali dei coniugi sono regolate, in questo caso, dalla legge. È impossibile, in tale ipotesi, specializzare l'ipoteca della moglie prima del matrimonio, poichè la specializzazione non può farsi che per contratto notarile. Essa si farà durante il matrimonio coll'autorizzazione del presidente. L'articolo 66, alla fine, dice che, in tutti i casi, la moglie potrà chiedere un'iscrizione per garanzia dei diritti enumerati al § 1 dell'articolo 64. Ciò significa che la moglie non può prendere iscrizione, durante il matrimonio, per garanzia delle riprese di cui si parla nel § 2 dell'articolo 64? La legge così interpretata

non avrebbe senso. Infatti, le *riprese* del § 2 sono diritti della stessa natura delle *convenzioni matrimoniali* del § 1: esse sono comprese fra i *diritti* e *crediti* per garanzia dei quali l'articolo 47 accorda un'ipoteca alla moglie. Questa ipoteca è quindi legale, come diremo più avanti, e non convenzionale. Dunque, se l'ipoteca legale per riprese non è specializzata nel contratto, la moglie deve avere il diritto di farla *specializzare* ed iscrivere durante il matrimonio. Vi ha non solo l'identico motivo, ma anche un argomento *a fortiori*. Quando i diritti della moglie sono certi non vi ha alcuna ragione per non specializzare l'ipoteca coll'atto stesso che vi dà vita, mentre, potendo i diritti condizionali o eventuali non verificarsi, l'interesse della moglie è minore; esso può divenire più probabile durante il matrimonio. La legge sarebbe dunque supremamente illogica ed incomprensibile se rifiutasse alla moglie il diritto di prendere iscrizione, durante il matrimonio, per le riprese condizionali o eventuali, quando le permette di prendere iscrizione per diritti certi risultanti dalle convenzioni matrimoniali, nel caso in cui, per una causa qualunque, la moglie non abbia fatto specializzare la sua ipoteca nel contratto di matrimonio.

Si domanderà perchè la legge, invece di dire « per garanzia dei diritti enumerati nell'articolo 64 », il che avrebbe compreso formalmente le *riprese,* ha detto « per garanzia dei diritti enumerati al § 1 dell'articolo 64 », il che pare escluda le riprese condizionali o eventuali.

Questa apparente restrizione non si trovava nel progetto, essa fa parte degli emendamenti proposti dal ministro della giustizia. Egli non ne ha sviluppati i motivi, e la commissione della camera, adottandoli, ha dichiarato che erano semplici cambiamenti di redazione (1), quindi cambiamenti che non toccano la sostanza. È tutto quello che ci apprendono i lavori preparatorii. In definitiva noi non sappiamo perchè il progetto sia stato modificato. Ad ogni modo, esso non lo fu nella sostanza. Dunque la questione deve essere decisa secondo i principii e secondo lo spirito della legge.

377. Rimane l'articolo 67, che parla di *ogni causa di regresso* che la moglie può avere contro il marito. Questa espressione è troppo generale, perchè comprende anche i diritti nati al momento del matrimonio, siccome anch'essi danno luogo ad un regresso contro il marito. Ora, questi diritti sono tutelati dall'articolo 66. Dunque l'articolo 67 non può prevedere queste medesime cause di regresso. L'espressione *ogni causa di regresso* deve pertanto essere limitata. Gli esempi che la legge dà provano che si tratta di diritti nati durante il matrimonio, « come, dice l'articolo 67, le cause di regresso, che risultano da obbligazioni sottoscritte dalla moglie, da alienazione dei suoi beni proprii,

(1) PARENT, p. 172 e 194.

da donazioni o da successioni alle quali fosse stata chiamata ». Tutti questi crediti nascono durante il matrimonio. Perciò le cause di regresso di cui parla l'articolo 67 sono quelle che esistono fra coniugi: esse non hanno potuto essere specializzate nel contratto di matrimonio, perchè la loro specializzazione è impossibile in quel tempo. Il legislatore ha quindi dovuto permettere alla moglie di farle specializzare ed iscrivere di mano in mano che nascono, se, ben inteso, vi trova interesse. Dire che l'ipoteca può essere specializzata durante il matrimonio non vuol dire che la moglie prenderà sempre iscrizione. Non bisogna perdere di vista che l'ipoteca è una garanzia pel caso d'insolvibilità del marito. È dunque soltanto quando vi è timore d'insolvenza che la moglie farà specializzare ed iscrivere la sua ipoteca, il che sarà sempre una rara eccezione.

Così interpretato, il sistema della legge belga è irreprensibile. Essa non grava inutilmente i beni del marito in vista d'una insolvenza che d'ordinario non si presenterà, com'era il difetto del codice civile. Tutti i beni del marito, presenti e futuri, erano gravati di pien diritto d'ipoteca per garanzia dei diritti della moglie, diritti che il più delle volte non correvano alcun pericolo, poichè di regola il marito è solvibile. Il fallimento e l'insolvenza sono sempre eccezioni. Secondo la legge belga, l'ipoteca legale deve essere specializzata ed iscritta. Lo sarà ben di rado nel contratto di matrimonio, perchè, in quel momento, i futuri coniugi e le loro famiglie non possono certo prevedere l'insolvibilità del marito. La specializzazione sarà rara anche durante il matrimonio. Perchè la moglie realizzerebbe la sua garanzia ipotecaria finchè i suoi diritti non corrono alcun rischio? Ed è questo certamente il caso generale. Gli è solo quando gli affari del marito diverranno dissestati ed i diritti della moglie saranno minacciati ch'essa o la sua famiglia penseranno ad assicurare i di lei diritti mediante una iscrizione ipotecaria. E se l'iscrizione è presa prima che l'insolvibilità del marito sia consumata, i diritti della moglie saranno garantiti. La legge belga le procura dunque una garanzia bastevole, senza gravare inutilmente tutto il patrimonio immobiliare del marito.

378. Vi è un'altra interpretazione degli articoli 64, 66 e 67 che si ammette generalmente. Si insegna che la moglie può, in forza dell'articolo 64, prendere iscrizione, prima del matrimonio per tutti i diritti attuali e futuri ch'essa ha o potrà avere contro il marito, sia pel suo contratto nuziale, sia durante il matrimonio, facendo specializzare l'ipoteca conformemente al detto articolo, di modo che la moglie potrebbe far specializzare, nel contratto di matrimonio, le cause di regresso previste dall'articolo 67, come i diritti enumerati dall'articolo 64, non solo l'ipoteca per garanzia della dote, delle convenzioni matrimoniali e delle riprese, ma anche l'ipoteca per garanzia di ogni sorta di regresso nascente durante il matrimonio, come quelle che risulteranno da obbligazioni da lei sottoscritte, da alienazioni dei

suoi beni proprii, da donazioni che ricevesse o da successioni alle quali potesse essere chiamata. Ecco quale sarebbe, secondo questo sistema, il rapporto fra l'articolo 64 e gli articoli 66 e 67. Nel suo contratto di matrimonio la moglie può far specializzare tutti i crediti ch'essa ha o potrà avere contro il marito; se non l'ha fatto, può ancora chiedere iscrizione, durante il matrimonio, per la dote e le convenzioni matrimoniali, in forza dell'articolo 66, e per tutte le altre cause di regresso in forza dell'articolo 67 (1).

Noi crediamo che questa interpretazione è in contrasto colla lettera e collo spirito della legge, e non trova alcun appoggio nè nella tradizione nè nei lavori preparatorii. L'articolo 47 accorda alla moglie un'ipoteca legale pei suoi diritti e *crediti*. Questa ipoteca deve essere specializzata. Gli articoli 64, 66 e 67 regolano la specializzazione. Il primo elemento della specializzazione consiste nel determinare l'importo del credito. La legge fa, a questo riguardo, una distinzione naturalissima, tolta al codice civile. Vi hanno diritti che nascono al momento del matrimonio: essi risultano dalle convenzioni nuziali. Il contratto che li stipula specializza nel tempo stesso l'ipoteca che la moglie ha per garanzia di questi diritti. È l'oggetto dell'articolo 64, che riguarda tanto la dote e le convenzioni matrimoniali quanto le riprese.

Che cosa s'intende per *riprese?* La parola suppone che la moglie *riprenda*, in tutto o in parte, i beni ch'essa ha apportato al marito per aiutarlo a sostenere i pesi del matrimonio. Se li riprende è in forza d'una convenzione nuziale. Dunque le riprese menzionate al § 2 rientrano nelle convenzioni matrimoniali di cui parla il § 1. Se la legge ha aggiunto una disposizione particolare sulle riprese, è perchè, sotto l'impero del codice, la questione di sapere se la moglie avesse un'ipoteca legale per le riprese condizionali o eventuali era controversa. L'articolo 64 tronca la controversia in favore della moglie (n. 375).

Secondo l'opinione contraria, nella parola *riprese* si comprendono tutte le cause di regresso di cui parla l'articolo 67, vale a dire i diritti che nascono durante il matrimonio. Osserveremo anzitutto che l'articolo 67 non parla di *riprese:* esso dice che la moglie può prendere iscrizione per *ogni causa di regresso*, e gli esempi che dà provano come si tratti di regressi che nascono durante il matrimonio. Quando la moglie sottoscrive una obbligazione in favore del marito, ha un *regresso* contro di lui, non una *ripresa*. Quando i suoi beni proprii sono alienati, essa non può *riprenderli*, ma ha un compenso che esercita mediante prelevamento o mercè un'azione che spiega contro il marito. Questa è l'azione che si trova garantita da un'ipoteca. Tuttavia l'articolo 147 dà il nome di *ripresa* all'esercizio dei diritti della moglie sui beni del marito. Si potrebbe dunque dire

(1) MARTOU, t. III, p. 80, n. 919. BECKERS, p. 130, n. 105-107.

che l'articolo 64 permette di specializzare l'ipoteca che la moglie ha, per questo titolo, sui beni del marito. Accade lo stesso delle successioni e donazioni che la moglie raccoglie durante il matrimonio. Vi ha luogo a regresso, per questo titolo, quando si tratta di somme dotali, di cui la moglie ha la *ripresa* in forza delle convenzioni matrimoniali. La questione sta nel sapere se i *regressi* o *riprese* previsti dall'articolo 67 rientrano nell'espressione generale di *riprese eventuali* di cui si serve l'articolo 64.

A nostro avviso, l'articolo 67 non ha nessuna relazione coll'articolo 64. L'articolo 64 suppone che la moglie abbia diritto a riprese in forza del contratto di matrimonio, riprese il cui importo è determinato, quantunque il diritto possa essere condizionale o eventuale, per esempio il diritto di riprendere, in caso di rinuncia, i mobili che ha portato maritandosi. Si sa quale è l'importo della ripresa, ma il diritto della moglie è condizionale ed eventuale, poichè dipende dalla sua sopravvivenza e dalla sua rinuncia. Nulla impedisce dunque alla moglie di specializzare l'ipoteca nel contratto di matrimonio. Il caso previsto dall'articolo 67 è tutto diverso. Si tratta di un diritto nato durante il matrimonio e che il contratto di matrimonio non ha potuto specializzare. Tali sono le somme dotali che la moglie raccoglie per donazione o successione. Il contratto di matrimonio può ben dire che la moglie riprenderà i mobili dotali che le perverranno durante il matrimonio, ma non può determinare, nemmeno approssimativamente, l'importo di tali somme. Vi ha di più. La legge accorda ipoteca, per questo titolo, al momento del matrimonio, e quindi non può parlarsi di specializzarla. Infatti la legge accorda un'ipoteca alla moglie pei suoi *diritti* e *crediti*. Ora, le donazioni e successioni che la moglie potrà raccogliere e, per conseguenza, riprendere non sono nè un *diritto* nè un *credito*. Le successioni non sono che una speranza, e le donazioni meno ancora che speranza. Appunto perchè i crediti che nascono durante il matrimonio non possono essere specializzati nel contratto nuziale, la legge ha dovuto permettere alla moglie di farli specializzare ed iscrivere durante il matrimonio. È quello che fa l'articolo 67 senza citare l'articolo 64, come fa l'articolo 66. Se, come si pretende, l'articolo 67 avesse lo stesso scopo dell'articolo 66, la legge avrebbe ripetuto nell'articolo 67 quello che dice nell'articolo 66: « In mancanza di stipulazione d'ipoteca o in caso d'insufficienza delle garanzie determinate nel contratto », ecc. Per meglio dire, sarebbe bastato un solo articolo per concedere alla moglie di specializzare la sua ipoteca durante il matrimonio, come può farlo nel contratto nuziale. Secondo l'opinione che combattiamo, l'articolo 67 non ha ragione d'essere.

Se i testi lasciassero un dubbio, esso sarebbe tolto dallo spirito della legge. Il codice civile accordava alla moglie un'ipoteca generale ed occulta. Era un favore eccessivo. Tuttavia esso regolava il grado di questa ipoteca nell'interesse dei terzi e del

marito. Così, per la dote, l'ipoteca prendeva grado a datare dal giorno del matrimonio, per quanto riguarda i beni apportati al momento del contratto, ma quanto alle somme dotali provenienti da successioni o da donazioni durante il matrimonio, l'ipoteca non prendeva grado che a partire dall'apertura delle successioni o dal giorno in cui le donazioni avevano avuto il loro effetto. Così pure la moglie non aveva ipoteca, pei debiti da lei contratti col marito e per il reimpiego dei suoi beni proprii alienati, che a contare dal giorno dell'obbligazione o della vendita. Secondo questo sistema, i beni del marito restavano liberi e, per conseguenza, egli conservava qualche credito, riguardo ai diritti che nascevano durante il matrimonio, fino a che questi diritti fossero nati. Il legislatore belga ha sottoposto l'ipoteca legale della donna maritata alla legge comune della specialità e della pubblicità. Esso l'ha fatto nell'interesse del credito del marito e dei diritti dei terzi, e si vuole che la legge abbia peggiorati i difetti del codice civile accordando alla moglie un'ipoteca avente grado prima del matrimonio per diritti che non nascono se non durante il matrimonio, e che il più delle volte non esisteranno! Ciò non avrebbe senso.

Si dirà che, dovendo l'ipoteca essere specializzata, tutto dipenderà dalle parti contraenti. Senza dubbio. Anche la questione che discutiamo è affatto oziosa, perchè dubitiamo che si sieno trovati e si trovino mai dei conjugi i quali stipulino un'ipoteca speciale nel loro contratto di matrimonio, per diritti che potranno nascere durante il matrimonio. È una questione teorica. Ad ogni modo, la legge, come viene interpretata, sarebbe assurda, perchè condurrebbe a questo, che il legislatore belga, il quale voleva diminuire gli inconvenienti dell'ipoteca legale, li avrebbe aggravati dando alla moglie un'ipoteca per diritti che, il più delle volte, la moglie non avrà. Bisogna dire di più, cioè che, dal punto di vista pratico, l'applicazione della legge sarebbe impossibile. Per specializzare occorre una base, e ov'è la base della specializzazione quando si tratta di donazioni future o di obbligazioni future? Se tuttavia i conjugi stipulassero una simile ipoteca, sarebbe valida? Non sarebbe un'ipoteca legale, bensì un'ipoteca convenzionale. Bisognerebbe, per conseguenza, applicare i principii che esporremo, al titolo delle *ipoteche convenzionali*, sull'ipoteca dei debiti futuri.

379. Secondo la nostra opinione, la legge belga riproduce il sistema del codice civile sul grado dell'ipoteca, distinguendo i diritti che nascono al momento del matrimonio da quelli che nascono durante il matrimonio. Ma la nostra legge migliora il codice napoleonico ordinando la specialità e la pubblicità dell'ipoteca legale. Se la moglie ha cura di far specializzare la sua ipoteca e di iscriverla, prima del matrimonio, per la dote, le convenzioni nuziali e le riprese e, durante il matrimonio, non appena acquisti un credito contro il marito, il sistema della nuova legge sarà identico a quello della legge antica, salvo questa sola

differenza che l'ipoteca per ragione dei diritti che nascono durante il matrimonio non prenderà grado che posteriormente all'acquisto di questi diritti, mentre, sotto l'impero del codice civile, l'ipoteca esisteva al momento stesso in cui il diritto era acquisito. La legge ipotecaria mantiene dunque il principio del codice civile quanto al grado dell'ipoteca legale. Essa lo modifica soltanto in un punto, cioè che, per aver questo grado, la moglie deve specializzare la sua ipoteca e iscriverla. È un grande miglioramento, dal punto di vista degli interessi del marito e dei terzi. Di regola l'ipoteca non sarà specializzata nè inscritta, perchè la garanzia sarà inutile, e, in questo caso, il marito godrà di tutto il credito che gli assicura il suo patrimonio.

Se diviene necessario prendere iscrizione sui suoi beni, saranno tutelati anche gl'interessi della moglie, poichè, da un momento all'altro, essa può far specializzare ed iscrivere la sua ipoteca coll'autorizzazione del presidente.

380. Essendo l'ipoteca legale della moglie soggetta alla pubblicità, ne risulta che tutti i suoi effetti dipendono dall'iscrizione. Bisogna dunque applicare all'ipoteca della moglie il principio stabilito dall'articolo 81 (codice civile, articolo 2134) in questi termini: « Fra i creditori, l'ipoteca non ha grado che dal giorno dell'iscrizione presa sui registri del conservatore, nella forma e nel modo prescritto dalla legge ». Non vi è all'uopo alcuna difficoltà per i diritti che sono specializzati durante il matrimonio. La moglie non può chiedere iscrizione che a partire dal momento in cui ha acquistato un diritto contro il marito e dopo che il presidente avrà specializzata l'ipoteca. Quanto ai diritti anteriori al matrimonio, l'articolo 64 reca che la specializzazione si farà nel contratto nuziale e che l'ipoteca sarà inscritta dal marito prima della celebrazione del matrimonio. La legge soggiunge, che l'ipoteca avrà effetto a datare dall'iscrizione. È l'applicazione dei principii generali. Da una parte, l'ipoteca prende grado dal momento che è inscritta (art. 81, codice civile, art. 2134), e, dall'altra, le convenzioni matrimoniali sono consentite sotto la condizione che il matrimonio sarà celebrato, e la condizione compiuta ha effetto retroattivo (art. 1179); donde la conseguenza che le convenzioni matrimoniali produrranno il loro effetto a partire dal giorno in cui il contratto è stato stipulato avanti notaio. Ciò è perfettamente giuridico, ma il risultato non è meno strano, ed è che l'ipoteca prenderà grado in un momento in cui non vi è ancora nè matrimonio, nè donna maritata, nè diritti contro il marito. Il codice civile evitava questa anomalia, disponendo che l'ipoteca per la dote e le convenzioni matrimoniali avrebbe preso grado a partire dal matrimonio celebrato avanti l'ufficiale dello stato civile, e non a partire dal contratto notarile (art. 2135).

381. Secondo la nostra opinione, l'ipoteca di cui parla l'art. 64 è legale. D'ordinario la legge viene interpretata nel senso che l'ipoteca della moglie pei diritti che nascono al momento del matrimonio è convenzionale anzichè legale. Il D'Ane-

than lo scrive a lettere cubitali nella sua relazione al senato: « L'ipoteca che la moglie può *acquistare* in forza dell' articolo 64 è una *vera ipoteca convenzionale*. Essa sarà *stipulata* nel contratto di matrimonio, e quindi sarà *data* col *consenso* del marito » (1). La maggior parte degli autori riproducono questa spiegazione. Martou dice che l' ipoteca della moglie stabilita per principio dalla volontà del legislatore, non esiste in fatto che per volontà delle parti. Da questo punto di vista, l' ipoteca della moglie riproduce i caratteri dell' ipoteca convenzionale, ben più che non ricordi l' antica ipoteca legale, la quale si esercitava su tutti gli immobli del marito, presenti e futuri, pel solo effetto della legge. Più avanti, Martou ripete le parole del relatore della commissione del senato: « L' ipoteca legale che forma oggetto dell'articolo 64 è divenuta una *vera ipoteca convenzionale* » (2).

Secondo questa opinione l' ipoteca della moglie non è legale che quando è iscritta durante il matrimonio. « Gli articoli 66 e 67, dice il D'Anethan, permettono alla moglie di chiedere un' iscrizione ipotecaria dopo la celebrazione del matrimonio, per ogni causa legittima di qualsivoglia regresso. Questa facoltà costituisce veramente il diritto d' ipoteca legale, poichè non è richiesto per costituirla il consenso del proprietario dell' immobile » (3).

L'Arntz ha stigmatizzato questa interpretazione dicendo che l' ipoteca della moglie è convenzionale o legale: convenzionale nel caso previsto dall'articolo 64, legale nei casi preveduti dagli articoli 66 e 67 (4).

Il Delebecque è il solo interprete che respinga tale distinzione (1). Noi crediamo, al pari di lui, che l' ipoteca della moglie sia sempre legale: solo la sua specializzazione è convenzionale quando si fa prima del matrimonio, mentre, durante il matrimonio, avviene senza concorso di consenso. I testi ed i principii non lasciano alcun dubbio su questo punto. È l' articolo 45 che definisce le diverse specie d' ipoteche. Esso distingue l' ipoteca legale da quella convenzionale: la prima risulta dalla legge, la seconda dipende dalle convenzioni. È quanto dire che l' ipoteca legale esiste, indipendentemente da ogni convenzione, per sola forza della legge. Viene poi una sezione intitolata: *Delle ipoteche legali*. L'articolo 47 le enumera, e in primo luogo pone l' ipoteca della moglie. « I diritti e crediti ai quali è attribuita l'ipoteca legale sono: quelli delle donne maritate sui beni del marito ». L' ipoteca della moglie è dunque legale. Per ciò solo non potrebbe essere convenzionale, giacchè ciò che carat-

---

(1) D' ANETHAN, Relazione della commissione (PARENT, p. 417). Il ministro della giustizia ha detto, nella seduta del 5 febbraio 1851, che l' ipoteca, secondo il progetto, era ad un tempo legale e convenzionale (PARENT, p. 294).

(2) MARTOU, t. III, p. 18, n. 894 e 895.

(3) D'ANETHAN, Relazione (PARENT, p. 418).

(4) ARNTZ, *Corso di diritto francese*, t. II, p. 718, 719.

(5) DELEBECQUE, *Commentario legislativo*, p. 366, n. 344.

terizza l'ipoteca legale si è che la legge sola la crea, e la crea perchè gl'incapaci ai quali l'accorda non possono, per la loro incapacità, vegliare essi medesimi ai loro interessi. È dunque una contraddizione il parlare di un'ipoteca *convenzionale* quando si tratta degli incapaci. Se la loro ipoteca fosse convenzionale, sarebbe stato inutile che intervenisse il legislatore, come dice l'articolo 47, per dare questa garanzia ai loro diritti e crediti. Egli poteva rimettersi alle libere stipulazioni delle parti interessate.

382. Rimane a sapere se gli articoli 64, 66 e 67 giustificano la distinzione che gli interpreti fanno fra l'ipoteca convenzionale della moglie e la sua ipoteca legale. Diciamo che la cosa è impossibile, perchè il legislatore, dopo aver stabilito, nell'art. 47, che l'ipoteca della moglie è legale non può affermare, nell'articolo 64, che è convenzionale per regola generale e legale per eccezione, nei casi in cui le parti non l'avessero specializzata nel contratto di matrimonio. In realtà la legge non dice questo. Quale è l'oggetto degli articoli 64, 66, e 67? Forse di definire la natura della ipoteca di cui gode la moglie? No, gli articoli 45 e 47 avevano già deciso che la moglie ha un'ipoteca legale pei suoi diritti e crediti. Ma siccome questa ipoteca è soggetta ai principii di specialità e di pubblicità, bisognava regolare il modo di specializzarla e determinare da chi sarebbe inscritta. Non si tratta dunque, negli articoli 64, 66 e 67, che della specializzazione dell'ipoteca della moglie. Prima del matrimonio, essa si fa con convenzione, e quindi è convenzionale. Durante il matrimonio, si fa senza concorso di consenso. Ma dovrà dirsi per questo che l'*ipoteca* diviene convenzionale quando è specializzata nel contratto di matrimonio? L'ipoteca convenzionale è quella che esiste solo pel concorso della volontà delle parti interessate, e, una volta ch'essa è consentita, le parti non possono domandare nè la riduzione, nè la estensione dell'iscrizione.

Ora, l'ipoteca della moglie esiste, in forza della legge (articolo 47), prima d'essere specializzata, e anche quando è specializzata nel contratto nuziale, la moglie può ancora, durante il matrimonio, chiedere nuove iscrizioni in forza dell'art. 66. La moglie creditrice non è dunque vincolata dalla *specializzazione* convenzionale; il che è perfettamente logico, come diremo più avanti. Vi ha di più. Il più delle volte manca ogni specializzazione convenzionale giacchè non vi ha contratto di matrimonio. È la comunione legale, il diritto di regime comune, ed è anche il regime ordinario. Quantunque non vi sia contratto di matrimonio, la moglie ha una ipoteca, e questa ipoteca è necessariamente legale. Anche quando i coniugi fanno un contratto notarile avverrà nella maggior parte dei casi che l'ipoteca non vi sarà specializzata; il che non toglie che la moglie abbia un'ipoteca legale, che potrà specializzare durante il matrimonio. Ecco ancora un caso in cui l'ipoteca della moglie non avrà nulla di convenzionale, nemmeno la specializzazione. Resta il caso in cui l'ipoteca è specializzata nel contratto di matrimonio. Risulterà da ciò che l'ipoteca sia convenzionale? No, perchè

la specializzazione non vincola la moglie creditrice, quantunque essa vi abbia consentito. Se la garanzia, come è stata specializzata, è insufficiente, la moglie può chiedere nuova iscrizione dopo il matrimonio. In forza di qual diritto? Non certo in forza del contratto di matrimonio perchè la moglie modifica questo contratto, ma in forza di quel diritto che la legge le conferisce. Dunque la sua ipoteca è legale, e non convenzionale.

383. Si possono obbiettare le parole *stipulare* e *stipulazione* di cui la legge si serve negli articoli 64 e 66. Queste parole implicano una convenzione. Il creditore *stipula* e il debitore *promette*. Dire che la moglie può *stipulare* un' ipoteca non è dire che questa ipoteca è convenzionale? Rispondiamo che l'espressione *stipulare* è inesatta, in quanto si applica all'*ipoteca*. Essa non è esatta se non in quanto s'intenda della specializzazione. Il testo della legge lo prova.

Il § 1 dell'articolo 64 dispone che « la moglie *avrà* un' ipoteca speciale sui beni vincolati nel contratto di matrimonio per sicurtà della sua dote e delle sue convenzioni matrimoniali ». Non è più questione di *stipulazione*. Non si tratta che di *specializzare* l' ipoteca che la moglie *ha*, ed essa l'ha in forza della *legge* (art. 47). Tuttavia l'articolo 66, che si riferisce al § 1 dell'articolo 64, dice: « In mancanza di *stipulazione d' ipoteca*, o in caso d'insufficienza delle garanzie *determinate* dal contratto ». La legge chiama dunque *stipulazione d'ipoteca* la *specializzazione* fatta, nel contratto di matrimonio, dei beni sui quali la moglie può prendere iscrizione. L' espressione è cattiva, perchè non si *stipula* un'*ipoteca* che accorda la legge (1). Forse il legislatore non ha voluto servirsi della parola *specializzazione* perchè non è francese, o almeno non si trova nel Dizionario della Accademia? Ad ogni modo nel § 1 dell'articolo 64, la legge non usa la parola *stipulare:* la moglie non stipula, specializza. Quando dunque, nel § 2, si dice che la moglie può *egualmente stipulare* un' ipoteca *speciale* per le sue riprese, ciò significa che la moglie può specializzare questa ipoteca nel contratto di matrimonio, e deve farlo se vuole che la sua ipoteca prenda grado prima del matrimonio. La parola *egualmente*, di cui la legge si vale, prova che il diritto regolato dal § 2 è della stessa natura del diritto di cui si parla al § 1, e che, nell'una e nell'altra ipotesi, non si tratta di specializzare l'ipoteca legale della moglie pei crediti che nascono dal contratto di matrimonio.

La tradizione conferma questa interpretazione. Abbiamo detto più indietro (n. 335) che, sotto l'impero del codice civile, vi era controversia sul punto di sapere se la moglie avesse un'ipoteca le-

---

(1) Il linguaggio usuale, in materia d' ipoteca legale, è scorrettissimo. Così, nella discussione della legge, si diceva sempre *prendere ipoteca*, per indicare la specializzazione o l' iscrizione. Non si *prende* un' ipoteca che accorda la legge e che il creditore *ha* al momento in cui la fa specializzare ed iscrivere.

gale pei suoi vantaggi matrimoniali, nel caso in cui il diritto che ne risultava fosse eventuale. La nuova legge ha deciso la controversia in favore della moglie. Così la moglie ha un'ipoteca per le sue riprese eventuali, allo stesso titolo che per tutte le sue convenzioni matrimoniali, vale a dire un'ipoteca legale indipendente da qualsiasi convenzione. Soltanto questa ipoteca deve essere specializzata. Non vi era alcuna ragione per stabilire una differenza fra l'ipoteca per le riprese e l'ipoteca per le altre convenzioni matrimoniali. Se l'ipoteca della moglie esiste, senza che sia necessario stipularla per le convenzioni matrimoniali in genere, deve esistere senza stipulazione anche per le riprese.

384. Noi diciamo che la specializzazione è convenzionale quando si fa nel contratto di matrimonio, ma che l'ipoteca resta legale. Ciò spiega il sistema della legge per quanto riguarda il diritto della moglie di ritornare sulle stipulazioni del contratto nuziale. Se l'ipoteca fosse convenzionale, non si concepirebbe che potesse essere modificata pel fatto di una delle parti contraenti. Non basta. La modificazione sarebbe impossibile anche col concorso della volontà del marito e della moglie. Infatti, le convenzioni nuziali sono immutabili; esse non possono subire alcun cambiamento dopo la celebrazione del matrimonio (articolo 1395). I coniugi non potrebbero dunque modificare l'ipoteca quale fu determinata dal contratto di matrimonio, se l'ipoteca risultasse dalle convenzioni che vi si trovano inserite. Tuttavia la legge permette alla moglie di prendere ancora iscrizioni in caso d'insufficienza delle garanzie determinate dal contratto di matrimonio. La ragione si è che la specializzazione non può essere immutabile; essa varia naturalmente collo stato di fortuna della moglie e le garanzie che le sono necessarie. La legge vuole che la garanzia ipotecaria sia sempre in rapporto cogli interessi degli incapaci, in modo da assicurare i loro diritti, senza gravare il debitore d'iscrizioni eccessive. Logicamente, essa avrebbe dovuto dare al marito il diritto di chiedere la riduzione quando diventano eccessive. Ma la legge non permette al marito di ritornare sulla specializzazione fatta nel contratto di matrimonio. Diremo più avanti come essa gli apra un'azione di riduzione soltanto quando la moglie ha preso iscrizione sui suoi beni in forza dell'autorizzazione del presidente (art. 72). Perchè rifiuta al marito un diritto che accorda alla moglie? Entrambi consentono all'atto di specializzazione, ma il consenso della moglie non è libero. Essa o i suoi parenti possono temere di offendere la suscettibilità del futuro coniuge, esigendo garanzie che, per la loro estensione, attesterebbero la loro sfiducia. La moglie si contenterà facilmente di ciò che il futuro sposo le offrirà. Il marito, al contrario, conserva la sua piena libertà d'azione. Tuttavia questa spiegazione non giustifica sufficientemente la legge. Può darsi che l'iscrizione non sia stata eccessiva al momento del contratto, ma che lo divenga durante il matrimonio. In questo caso non vi ha alcun motivo per rifiu-

tare al marito il diritto di chiederne la riduzione. Eppure è difficile riconoscergli questo diritto, poichè la legge non glielo accorda se non per le iscrizioni prese in forza dell'ordinanza presidenziale.

Vi è un'altra osservazione da fare sul sistema della legge ipotecaria, per quanto riguarda il marito. La legge non gli permette di chiedere la riduzione delle iscrizioni prese in forza del contratto nuziale. La cosa si comprende, se si ammette, come abbiamo insegnato, che il contratto di matrimonio non può specializzare che i diritti nascenti dalle convenzioni matrimoniali. Ma non si comprende più secondo l'opinione la quale ammette che il contratto di matrimonio può specializzare l'ipoteca pei diritti che nascono durante il matrimonio. Infatti, questi diritti sono necessariamente incerti quanto all'importo del credito. Supponiamo che i coniugi vogliano specializzare l'ipoteca per somme dotali che perverranno alla moglie, durante il matrimonio, per successione o donazione. Qual cifra fisseranno per speranze di diritto o per liberalità che non sono nemmeno speranze? Se il legislatore avesse accolto questo sistema, avrebbe dovuto concedere al marito di chiedere la riduzione delle iscrizioni quando la realtà viene a dare una smentita alle speranze. La moglie contava sopra una eredità mobiliare di 100,000 franchi ch'essa ha realizzata. Questa eredità si riduce a nulla. E tuttavia sussisterà l'iscrizione sui beni del marito! Ciò non avrebbe senso.

385. Secondo la nostra opinione, unico oggetto degli articoli 64, 66 e 67 è di determinare il grado dell'ipoteca legale della moglie. Quando l'ipoteca è specializzata nel contratto di matrimonio, il marito deve farla iscrivere prima della celebrazione delle nozze, ed anche la moglie può chiedere l'iscrizione. In questo caso, l'ipoteca della moglie prenderà grado a partire dall'iscrizione, e quindi prima del matrimonio. Ma se l'ipoteca non è specializzata nel contratto notarile, l'iscrizione potrà non essere presa. Ne consegue che, sotto il regime della comunione legale, l'ipoteca della moglie non prende mai grado prima del matrimonio; essa non avrà effetto che in forza dell'iscrizione che ne sarà presa durante il matrimonio. È lo stesso se il contratto di matrimonio non ha specializzato l'ipoteca della moglie, o se le garanzie determinate nel contratto sono insufficienti, come suppone l'articolo 66. Bisogna, in tutti questi casi, che l'ipoteca sia specializzata dal presidente e che sia iscritta; il che non le dà grado che a partire dall'iscrizione.

Grande è dunque la differenza, per quanto riguarda il grado dell'ipoteca, fra la specializzazione che si fa nel contratto di matrimonio e quella che si fa durante il matrimonio dal presidente. Questa può non garantire i diritti della moglie, se son già prese iscrizioni da altri creditori sugli immobili del marito. È la conseguenza inevitabile del sistema di pubblicità consacrato dalla nuova legge. Questo sistema esige necessariamente la specializzazione, e perchè essa sia efficace, deve farsi prima del matrimonio. Ora, da quel momento, le considerazioni che impediscono alla moglie d'agire arresteranno anche i suoi parenti.

386. Ciò può condurre all'inefficacia dell'ipoteca che la legge accorda alla moglie. Diremo più avanti quali sono le garanzie che la legge ha stabilito in di lei favore. Prima di tutto dobbiamo vedere se la moglie possa rinunciare alla ipoteca legale. Secondo la nostra opinione, no (art. 208). Stando al rigore dei principii, questa soluzione non è dubbia. L'ipoteca della moglie e quella dei minori hanno per fondamento l'incapacità di coloro a vantaggio dei quali la legge le stabilisce. E poichè essi non possono vegliare ai loro diritti che vi provvede la legge. Ora, si concepisce che l'incapace rifiuti una garanzia che la legge gli accorda in forza della sua incapacità? Tutto il sistema della legge protesta contro una simile anomalia. Si dirà che la moglie può tacere, non agire, allo scopo di non far valere il diritto, di cui la legge la investe? Sarebbe rinunciare tacitamente all'ipoteca legale, rendendola inefficace. La legge non ammette questa rinuncia di fatto. Essa incarica i parenti della moglie d'agire per lei, e se i parenti non agiscono, incarica il magistrato di venire in suo aiuto tutelando i di lei diritti suo malgrado, perchè la moglie non deve intervenire nella specializzazione, e non può opporvisi.

Lo spirito della legge è dunque in armonia col rigore dei principii. Vi ha però controversia. I testi lasciano qualche dubbio. A termini dell'articolo 47, la moglie può sempre prendere iscrizione pei diritti che nascono durante il matrimonio, nonostante convenzione contraria. Ecco l'applicazione dei veri principii. L'ipoteca legale è d'ordine pubblico, perchè accordata dalla legge ad incapaci, in forza della loro incapacità. Ora, non è lecito alle parti interessate derogare alle leggi che riguardano l'ordine pubblico (art. 6). Ma la disposizione dell'articolo 67 è speciale, essa non si riferisce che ai diritti che nascono durante il matrimonio, o, come si dice secondo l'interpretazione generalmente ammessa, l'articolo 67 è il complemento del § 2 dell'articolo 64. Pare dunque che la legge distingua fra le diverse cause che danno luogo all'ipoteca della moglie: se si tratta di cause di regressi che nascono durante il matrimonio, essa non permette alla moglie di rinunciare al suo diritto d'ipoteca; se si tratta della sua dote e delle sue convenzioni matrimoniali, implicitamente glielo concede (1). L'argomentazione si fonda, in sostanza, sul silenzio della legge. Cattivo ragionamento, quando conduce a mettere la legge in opposizione coi principii. Le riprese dell'articolo 64 § 2 sono pure convenzioni matrimoniali, come quella del § 1: perchè, nell'un caso, la moglie potrebbe rinunciare alla sua ipoteca, mentre non lo può nell'altro? Si dice che i diritti contemplati dal § 1 sono certi, e che la moglie sa a che cosa rinuncia, mentre quelli del § 2 essendo incerti, la moglie non può apprezzare l'effetto della sua rinuncia. Secondo la nostra opinione,

---

(1) MARTOU, t. III. p. 27, n. 911. BECKERS. p. 152.

le riprese di cui si parla nel § 2 sono certe riguardo all'importo, e quando non lo fossero, dovrebbero essere valutate, perchè l'ipoteca deve essere specializzata sia quanto alla somma sia quanto agli immobili. La moglie sa dunque sempre quale potrà essere l'importo del suo regresso contro il marito, e per conseguenza sa a che cosa rinuncia. Questa non è, d'altronde, che una considerazione di fatto: essa non risponde all'obbiezione di diritto. La moglie non può mai rinunciare ad un diritto che è d'ordine pubblico (1).

Diversa è la questione di sapere se la moglie può rinunciare al beneficio della sua iscrizione nell'interesse dei terzi che contrattano col marito, come acquirenti o creditori ipotecari. L'articolo 71 glielo permette implicitamente. Ritorneremo sull'argomento trattando della cessione dell'ipoteca.

N. 2 — Come si fa la specializzazione

387. Bisogna distinguere la specializzazione che si fa nel contratto nuziale dalla specializzazione che abbia luogo durante il matrimonio. La differenza non riguarda soltanto le persone che intervengono nell'atto, ma altresì le condizioni e gli effetti.

1. — Della specializzazione che si fa nel contratto di matrimonio.

388. La specialità è, per principio, la stessa in qualunque ipoteca, legale o convenzionale. Quando è una convenzione che crea l'ipoteca, l'atto che la stabilisce la specializza determinando *la somma* per la quale è consentita e gli immobili che ne sono gravati (art. 80 e 78). Per l'ipoteca legale, non vi è alcun atto che la stabilisca, perchè essa risulta dalla legge. Occorre dunque una specializzazione che permetta di renderla pubblica facendo conoscere l'importo del credito e gli immobili che sono vincolati pel soddisfacimento di questo. La legge vuole innanzi tutto che sia fissata la somma per la quale sarà presa iscrizione, perchè la determinazione degli immobili dipende dall'importo dei crediti che devono essere garantiti dall'ipoteca. Abbiamo detto che vi hanno grandi difficoltà quando si tratta di specializzare l'ipoteca legale del minore. Per quanto riguarda l'ipoteca della moglie, la legge non si occupa della specializzazione della somma: essa si contenta di dire che l'ipoteca deve essere *speciale,* il che è naturalissimo. Sono le parti stesse che specializzano l'ipoteca con una clausola del loro contratto di matrimonio, e quindi è a loro che incombe fissare la somma per la quale sarà presa iscrizione.

---

(1) CLOES, *Commentario,* t. II, p. 123, n. 1110.

Non vi ha alcuna difficoltà per quanto riguarda la dote che la donna apporta maritandosi. La sua cifra è necessariamente fissata dal contratto di matrimonio. Ma che deve dirsi delle somme dotali che proverranno dalle successioni alle quali la moglie potrà essere chiamata o da donazioni che le saranno fatte durante il matrimonio? Secondo il codice civile, l'ipoteca della moglie non prendeva grado, per questo titolo, che a contare dall'apertura delle successioni o dal giorno in cui le donazioni avevano il loro effetto. Sotto l'impero della nuova legge, si ammette che queste successioni o donazioni sono una ripresa eventuale per la quale la moglie, a termini dell'articolo 64, può stipulare un'ipoteca. I coniugi potrebbero dunque convenire che sarà presa una iscrizione sui beni del marito per garantire valori dotali che la moglie potrà raccogliere, fino a concorrenza d'una determinata somma (1). Secondo la nostra opinione, la moglie non può prendere iscrizione, per successioni e donazioni che raccolga durante il matrimonio, se non in forza dell'articolo 67, vale a dire coll'autorizzazione del presidente del tribunale (n. 378).

389. Le convenzioni matrimoniali, in quanto attribuiscono alla moglie un vantaggio pel quale essa ha un'azione contro il marito, si specializzano pel loro stesso oggetto. Poco importa che il vantaggio sia eventuale o condizionale; ciò non toglie che l'oggetto sia determinato, il che basta pel principio delle specialità. Rimandiamo a quanto si è detto più sopra riguardo alle convenzioni matrimoniali (n. 343, 344).

È ancora in forza delle convenzioni matrimoniali che la moglie ha ipoteca pei crediti che le spetteranno contro il marito amministratore de' suoi beni. Qui si ripresenta la difficoltà, quando si tratta di specializzare questo credito. Noi crediamo che si debba applicare la distinzione che abbiamo fatto per la dote. Se si tratta di beni proprii che la moglie possiede al momento del matrimonio, il diritto della moglie ad una indennità dipenderà dalle eventualità della gestione. È il termine di cui la legge si serve quando organizza la specializzazione dell'ipoteca del minore. Vi ha una base certa, la sostanza della moglie, per cui è possibile la determinazione d'una somma per indennità. Bisogna quindi stare al testo che permette di prendere iscrizione per diritti eventuali.

A tutto rigore, si potrebbe anche determinare una somma per crediti alimentari, in caso di separazione di beni o di persona. Il diritto è certo e la quantità si può determinare secondo la condizione dei coniugi e la sostanza del marito. È dunque ancora un credito eventuale nel senso dell'articolo 64 § 2.

È più difficile determinare una somma per spese. Però siccome il diritto della moglie è certo, la specializzazione si potrebbe, all'uopo, fare. Bisogna convenire che queste quistioni sono

(1) Beckers, *Delle ipoteche legali*, p. 132, n. 107.

abbastanza oziose. La donna prevede l'abuso della podestà maritale ed i disordini del suo futuro marito? E se li prevedesse, potrebbe decorosamente stipulare garanzie in vista di questa eventualità? E il marito vi si assoggetterebbe?

390. Si devono comprendere, fra i diritti eventuali pei quali la moglie può stipulare un'ipoteca, quelli di cui si tratta nell'articolo 67? Secondo l'opinione generalmente seguita, l'articolo 67 è la conseguenza ed il complemento dell'articolo 64, § 2. Se si ammette questa interpretazione, bisogna dire che i coniugi possono convenire, nel loro contratto di matrimonio, che la moglie prenderà iscrizione pel regresso che avrà contro il marito, in conseguenza delle obbligazioni ch'esso sottoscriverà a di lei favore (1). Il diritto della moglie è certo s'essa contrae obbligazioni a vantaggio del marito, ma per fissare l'importo del regresso, bisogna determinare l'importo delle obbligazioni che la moglie sarà nel caso di sottoscrivere, e questa cifra dipende dalla sostanza della moglie. Qui vi ha un elemento che sfugge alla specializzazione. Si può benissimo fondare un calcolo di probabilità sui beni presenti della moglie, ma è impossibile calcolare i suoi beni futuri, poichè essi dipendono da semplici speranze. Bisogna dunque applicare alla specializzazione di questi regressi quanto abbiamo detto delle somme dotali provenienti da successioni o donazioni (n. 378).

391. Diremo altrettanto dei regressi della moglie per l'alienazione dei suoi beni proprii. La specializzazione è possibile rispetto ai beni proprii che la donna possiede maritandosi; è impossibile per quelli che potrà acquistare. Ciò significa che la moglie non può avere per questo titolo un'ipoteca anteriore al matrimonio.

392. Come si vede, si dà invano, secondo l'opinione generale, un'ipoteca alla moglie per tutti i diritti che nasceranno durante il matrimonio, coll'effetto che la specializzazione di questi diritti potrebbe farsi nel contratto di matrimonio e che l'ipoteca prenderebbe grado a partire dall'iscrizione presa prima della celebrazione dell'unione coniugale. Se tale è stata l'intenzione del legislatore belga, egli ha voluto l'impossibile, poichè avrebbe accordato un'ipoteca in casi in cui non vi sono diritti, nemmeno eventuali: si è dunque obbligati a ritornare alla distinzione che fa il codice civile fra i diritti che nascono al momento del matrimonio ed i diritti che nascono dopo la celebrazione del matrimonio. Questa distinzione è logica. Di regola l'ipoteca non può esistere prima del credito ch'essa è destinata a garantire. Se la legge fa un'eccezione a questi principii in favore del minore, è perchè era necessario assicurargli una garanzia dal momento che il tutore entra in funzioni, giacchè da quel momento il minore può essere leso dalla gestione tutelare, ed era impossibile subordinare l'iscrizione dell'ipoteca del minore a fatti di

(1) Beckers, *Delle ipoteche legali*, p. 132, n. 107.

gestione che possono prodursi giornalmente. Si può ammettere la stessa eccezione a favore della moglie. Il legislatore lo ha fatto permettendole di prendere iscrizione per crediti eventuali, il che comprende il credito della moglie per la gestione dei suoi beni, quando si tratta di beni attuali. Ma non si può estendere questa eccezione a pretesi diritti che non hanno nemmeno un'esistenza eventuale. Tale è l'alienazione dei beni proprii futuri di cui abbiamo parlato (n. 290). Si ammette che la moglie separata di beni e la moglie dotale hanno un'ipoteca per garanzia del regresso loro spettante contro il marito in dipendenza delle sua immissione nell'amministrazione dei beni, alla quale, secondo la legge e le convenzioni matrimoniali, egli resta completamente estraneo. Come specializzare, nel contratto di matrimonio, un diritto subordinato ad un fatto illegale o ad una tolleranza che è puramente facoltativa da parte della moglie? Maritandosi sotto un regime che lascia alla moglie l'amministrazione de' suoi beni, i coniugi non possono prevedere che la moglie non amministrerà. Ciò implica contraddizione. E un diritto che nasce da un fatto puramente potestativo della moglie e da una iscrizione egualmente potestativa del marito, è forse un diritto? E si concepisce che il marito consenta a gravare i suoi beni di un'ipoteca pel caso che s'immischiasse senza diritto in una amministrazione che egli stesso consente di lasciare alla moglie? Vi hanno in ciò contraddizioni giuridiche e morali che ci confermano nella nostra opinione. Il legislatore non ha potuto pensare ad accordare alla moglie un diritto il cui esercizio è impossibile.

393. Ci resta a dire come avvenga la specializzazione quanto ai beni. Su questo punto, non vi ha alcuna difficoltà in diritto. Si applica l'articolo 78, che spiegheremo al capo delle *Ipoteche convenzionali*. Non già che l'ipoteca della moglie sia mai convenzionale (n. 381 e 382), ma perchè non vi ha che un modo di specializzare i beni, quello che la legge stabilisce trattando delle ipoteche convenzionali, e che per ciò stesso è applicabile alle ipoteche legali e testamentarie. Il legislatore non l'ha detto, senza dubbio perchè ha creduto che fosse sottinteso.

II. — Della specializzazione che si fa durante il matrimonio.

394. La specializzazione si fa durante il matrimonio nei casi previsti dagli articoli 66 e 67. L'articolo 66 suppone che il contratto di matrimonio non abbia specializzato l'ipoteca che la legge accorda alla moglie per la garanzia della dote e delle convenzioni matrimoniali o che le garanzie determinate dal contratto sieno insufficienti. La moglie può, in questi casi, chiedere una prima iscrizione supplementare, in forza dell'autorizzazione del presidente. Si è detto, e non senza ragione, durante la discussione del progetto di legge, che raramente i futuri coniugi fa-

rebbero convenzioni relative all'ipoteca legale perchè, da una parte, le garanzie ipotecarie sono un atto di sfiducia verso il marito debitore, e, dall'altra, nuociono al suo credito (1). Ciò non prova che la moglie non debba aver garanzie, ma solo che la legge non ha potuto contentarsi delle stipulazioni fatte nel contratto di matrimonio. Può darsi che non ve ne siano e di regola non ve ne sono, sotto il regime della comunione legale, ovvero le garanzie possono essere o divenire insufficienti. In tutte queste ipotesi, la legge ha dovuto stabilire un sistema di specializzazione che permettesse alla moglie di assicurarsi un'ipoteca durante il matrimonio, e ha dovuto organizzare la specializzazione in modo che l'esecuzione della legge fosse facile. A questo scopo la legge affida la specializzazione al presidente, sulla richiesta della moglie. Quanto ai diritti che nascono durante il matrimonio, la specializzazione nel contratto nuziale è cosa impossibile. Secondo la nostra opinione l'ipoteca per garanzia di questi diritti non può essere specializzata che quando i diritti nascono e quindi durante il matrimonio. La specializzazione si fa dal presidente del tribunale, come ogni specializzazione posteriore alla celebrazione del matrimonio.

Si segue lo stesso modo di specializzazione quando si tratta di diritti eventuali, nel senso dell'articolo 64, § 2. Il contratto di matrimonio può specializzare l'ipoteca che la moglie ha per garanzia di questi crediti. Ma avverrà di raro che il contratto dia alla moglie garanzie per le sue riprese. Sono d'ordinario diritti di sopravvivenza, vantaggi che il marito concede alla moglie. Questa, beneficata, stipulerà garanzie contro colui al quale deve il beneficio. Ma, durante il matrimonio, il disordine degli affari del marito può rendere necessaria una garanzia in favore della moglie e dei figli. La moglie sarà più disposta durante il matrimonio che non prima a far specializzare la sua ipoteca, perchè ne sentirà la necessità. Essa lo farà nell'interesse dei suoi figli, come nel loro interesse domanda la separazione dei beni.

395. Quando la moglie può far specializzare la sua ipoteca durante il matrimonio? Gli interpreti rispondono che non lo può che quando il credito è nato come quando è devoluta l'eredità, alienato il bene proprio, contratta l'obbligazione (2). Essi si fondano sul testo dell'articolo 67, confrontato coll'articolo 64. Nel primo articolo, la legge dice che la moglie può, coll'autorizzazione del presidente, chiedere iscrizione per le cause di regresso ch'essa può avere contro il marito, come quelle che risultano da obbligazioni da lei sottoscritte, il che suppone che la causa che le dà un regresso esista, mentre l'articolo 64 dice che la moglie può stipulare, nel suo contratto di matrimonio, un'ipoteca speciale per le riprese, che potrà avere da esercitare contro il

---

(1) Seduta della camera dei rappresentanti, del 4 febbraio 1851 (PARENT, p. 287, 292, 298, 299).

(2) MARTOU, t. III. p. 30, n. 921. BECKERS, p. 155, n. 24.

marito. È, del resto, evidente che le iscrizioni prese prima del matrimonio precedono necessariamente la nascita del diritto garantito dall'ipoteca. Risulta da questa interpretazione una singolare anomalia, cioè che per la garanzia d'un solo e medesimo diritto, la moglie può ora prendere iscrizione prima che il diritto esista ed anche prima del matrimonio, ora deve aspettare che il credito sia nato. È una nuova contraddizione ed una nuova obbiezione contro l'opinione generalmente seguita. Secondo l'interpretazione da noi proposta, si evita questa anomalia e si resta sotto l'impero del principio generale che l'ipoteca non può precedere il credito. Se, come si insegna, la legge permettesse alla moglie di specializzare, nel contratto di matrimonio, la sua ipoteca per le cause di regresso dell'articolo 67, avrebbe dovuto, per essere conseguente, permetterle anche d'iscriverla durante il matrimonio, prima che il credito sia nato. L'autorizzazione del presidente avrebbe sostituito la garanzia che offre il concorso del marito nell'atto.

Quando si tratta della dote apportata dalla moglie e delle convenzioni matrimoniali, questa difficoltà non si presenta. Il diritto è nato in forza del contratto di matrimonio, e, per conseguenza, la moglie può far specializzare la sua ipoteca dal presidente, dopo il matrimonio, in quel momento che vorrà.

396. Gli articoli 66 e 67 dicono che la moglie può chiedere iscrizioni in forza dell'autorizzazione del presidente. La legge non prescrive alcuna forma per chiedere l'autorizzazione. Bisogna conchiuderne che la moglie può rivolgersi direttamente al presidente senza il concorso d'un procuratore. Si obbietta che, secondo la legge del 27 ventoso anno VIII (art. 94), i soli procuratori hanno il diritto di postulare e di conchiudere (1). Ma si tratta, nella specie, di *postulare* e di *conchiudere?* Queste parole implicano un affare contenzioso, e la specializzazione non ha nulla di contenzioso. È un atto di volontaria giurisdizione, come la deliberazione del consiglio di famiglia. Lo spirito della legge ci pare decisivo. Il legislatore vuole proteggere la moglie permettendole di prendere un'iscrizione senza mettere in causa il marito, senza domandargli un'autorizzazione. Se fosse obbligata a rivolgersi ad un procuratore, indietreggerebbe forse davanti ad un atto che avrebbe l'aria d'una lite (2).

Diciamo che la moglie non ha bisogno di chiamare in causa il marito: la legge non lo esige. Si era pensato d'imitare le forme giudiziali, prescrivendo l'intervento del tribunale e la messa in causa del marito, ma la commissione del senato che aveva fatto questa proposta, la ritirò (3). Lo scopo della legge sarebbe venuto meno. Difficilmente la moglie si sarebbe decisa a chiedere

---

(1) Martou, t. III, p. 28, n. 915. Cloes, t. II, p. 257, n. 1332.
(2) Delebecque, *Commentario*, p. 263 n. 359.
(3) D'Anethan, 1 e 2 relazione (Parent, p. 418, 484 e 485).

una specializzazione che avrebbe prodotto sì gran chiasso. Nulla impedisce del resto, al presidente, come dice il relatore della commissione, di sentire il marito officiosamente, ma anche ciò presenta già un inconveniente, quello di constatare e invelenire il conflitto d'interessi che esiste fra il marito e la moglie. È meglio, ci pare, che tutto si faccia fra la moglie e il presidente. Il presidente avrà cura di non esagerare le garanzie, poichè sa che in caso d'eccesso il marito può chiedere la riduzione dell'iscrizione (art. 72).

397. Il presidente può rifiutare l'autorizzazione che la moglie gli chiede, o può restringere l'iscrizione ch'essa vuol prendere, sia quanto alla somma, sia riguardo ai beni. Si domanda se la moglie abbia un ricorso contro la decisione del presidente. La legge non parla di ricorso, e si dice essere principio che l'ordinanza del presidente è sovrana in materia di giurisdizione graziosa (1). Noi non conosciamo alcuna legge che stabilisca questo principio. Vi è, al contrario, nella legge ipotecaria, una disposizione che permette l'appello quando il presidente esercita la giurisdizione volontaria, ed è nel caso che constati che un atto autentico stipulato all'estero è stato ricevuto conformemente alle leggi del paese (art. 77). La specializzazione è un atto più importante e quindi si deve permettere, per analogia, d'interporre appello contro la decisione che rifiutasse l'autorizzazione o la restringesse. Può esservi una difficoltà di diritto, come quella che abbiamo esaminata, e quindi deve esservi un ricorso. Si può anche invocare ciò che avviene in materia di tutela: si ammette opposizione, e quindi ricorso contro la deliberazione del consiglio di famiglia che specializza l'ipoteca del minore (art. 51). Ora, l'ordinanza del presidente sostituisce l'intervento del consiglio di famiglia. Perchè sarebbe essa sovrana ed al coperto da ogni ricorso quando può compromettere i diritti della moglie?

398. Diciamo che il presidente specializza l'ipoteca della moglie. La legge non si esprime così: essa dice che l'iscrizione si fa in forza dell'autorizzazione del presidente del tribunale del domicilio della moglie. È una semplice antorizzazione, come quella che dà il tribunale sul rifiuto del marito d'autorizzare la moglie a fare un atto giuridico? No, perchè l'articolo 66 dispone che il presidente fissa la somma fino a concorrenza della quale la moglie è autorizzata a chiedere iscrizione, e la determinazione della somma è un elemento essenziale della specializzazione. È vero che, senza dubbio per dimenticanza, l'articolo 67 non dice che il presidente fissa la somma per le cause di regresso che possono sopravvenire durante il matrimonio, e l'articolo 68 si limita a stabilire che le iscrizioni devono indicare le somme per le quali sono prese, come vuole il diritto comune (art. 83, 40). Si è detto che il silenzio della legge si spiega con questa considera-

(1) Martou, t. III, p. 29, n. 918. Confronta Arntz, t. II, p. 720, n. 1769.

zione, che la natura medesima delle cause di regresso ne fa conoscere l'importo pecuniario (1). Ciò è vero per l'alienazione dei beni proprii e per le obbligazioni sottoscritte dalla moglie, ma non è esatto per le successioni, poichè si ammette che la moglie può prendere iscrizione non appena la successione sia aperta (2). D'altronde anche la dote è determinata, come i diritti risultanti dalle convenzioni matrimoniali; eppure l'articolo 66 vuole che il presidente fissi la somma per la quale sarà presa iscrizione, il che prova che la sua ordinanza è un atto di specializzazione. Devesi indurre dal silenzio dell'articolo 67 che, nei casi previsti da questa disposizione, il presidente deve specializzare l'ipoteca? Sarebbe una anomalia inesplicabile. In ogni caso il conservatore delle ipoteche non potrebbe rifiutare l'iscrizione chiesta dalla moglie in forza d'una ordinanza che non indichi la somma, perchè la legge non esige formalmente questa indicazione.

399. La legge non parla degli immobili sui quali deve esser presa l'iscrizione. Gli articoli 66 e 67 dicono soltanto che la moglie potrà, in forza dell'autorizzazione del presidente, chiedere iscrizione sugli immobili del marito, e l'articolo 68 si limita a stabilire che le iscrizioni prese in forza degli articoli 66 e 67 designeranno specialmente ogni immobile. Devesi conchiuderne che la moglie può chiedere iscrizione su tutti gli immobili del marito? Non è ammissibile ciò, poichè l'ipoteca della moglie è soggetta al principio delle specialità. Quando l'ipoteca è specializzata nel contratto di matrimonio, la legge vuole che il contratto designi gli immobili sui quali sarà presa iscrizione (art. 65), e, secondo l'opinione generale, si ammette che il contratto può specializzare l'ipoteca, per le cause previste dall'articolo 67. Per quale strana anomalia l'ipoteca dovrebbe essere specializzata, riguardo ai beni, quando la specializzazione si fa nel contratto di matrimonio, mentre il presidente che specializza la somma, non dovrebbe specializzare i beni? Per via d'analogia di quanto si fa per l'ipoteca legale del minore e per l'ipoteca convenzionale, bisogna decidere che l'ipoteca legale della moglie deve essere specializzata, e quanto alla somma e quanto ai beni, prima che possa essere presa l'iscrizione. E chi deve determinare gli immobili sui quali sarà presa l'iscrizione? Naturalmente il presidente che fissa la somma fino a concorrenza della quale la moglie può chiedere iscrizione. Non vi è altro atto che preceda l'iscrizione che l'ordinanza del presidente, e quindi questa ordinanza deve contenere la specializzazione. Essa tien luogo dell'atto notarile che specializza l'ipoteca convenzionale, e della deliberazione del consiglio di famiglia che specializza l'ipoteca legale del minore (3).

---

(1) Cloes, t. II, p. 258, n. 1334. Confronta Martou, t. III, p. 32, n. 923.
(2) Martou, t. III, p. 31, n. 922.
(3) Vedi, in senso diverso, Delebecque, p. 263, n. 359; Cloes, t. II, p. 259, n. 1335; Martou, t. III, p. 33, n. 925; Beckers, p. 165, n. 135; Arntz, p. 720, n. 1771.

Tuttavia bisogna fare rispetto ai beni la riserva che abbiamo fatta per la somma (n. 398). Il conservatore dovrebbe iscrivere l'ipoteca della moglie sopra una semplice autorizzazione del presidente, senza alcuna determinazione di beni, perchè la legge, sebbene per dimenticanza, non esige questa specializzazione. Lo farà la moglie in questo caso, nelle note che deve presentare al conservatore, chiedendo l'iscrizione.

§ III. — Dell'iscrizione.

400. È l'iscrizione che assicura gli effetti dell'ipoteca. Non basta che l'ipoteca della moglie sia specializzata; essa deve inoltre essere iscritta, altrimenti resta inefficace. Di regola è il creditore che prende l'iscrizione. La legge dice che l'iscrizione potrà essere chiesta dalla moglie quando si tratta dell'ipoteca specializzata nel contratto di matrimonio (art. 64), e quando l'ipoteca è specializzata dal presidente, la legge suppone che sia la moglie che chiede l'iscrizione in forza dell'ordinanza di quel magistrato (art. 66 e 67). Ma la legge, accordando alla moglie un'ipoteca in forza della sua incapacità, non poteva affidare all'incapace la cura di renderla pubblica ed efficace.

401. Essa incarica anzitutto il futuro marito di far inscrivere l'ipoteca specializzata nel contratto di matrimonio. Egli deve chiedere l'iscrizione prima della celebrazione dell'unione conjugale (art. 64), affinchè la moglie abbia una garanzia nel momento medesimo in cui i suoi interessi saranno compromessi. Sotto questo rapporto, la legge equipara la moglie al minore, la cui ipoteca deve pure essere inscritta prima che il tutore assuma la gestione.

Quanto alle iscrizioni da chiedere durante il matrimonio, l'articolo 70 stabilisce che il marito può sempre prenderle per suo conto. Egli non è soggetto ad alcuna formalità. Egli non deve far specializzare l'ipoteca, nè quanto alla somma nè quanto ai beni. Egli solo farà la specializzazione nelle note che rimette al conservatore. Egli non dovrà giustificare che la sua qualità di marito, la quale gli impone l'obbligo di vegliare agli interessi della moglie. L'intervento del presidente era inutile, poichè non vi è a temere che il marito prenda un'iscrizione eccessiva, e se è insufficiente, la moglie può sempre chiedere un'iscrizione supplementare, facendosi autorizzare dal presidente del tribunale.

402. Non si può contare sul marito, poichè l'iscrizione diminuisce il suo credito, e l'obbligo che la legge gli impone è senza sanzione. La legge ha dunque dovuto incaricare altre persone della cura d'iscrivere l'ipoteca della moglie. Essa si rivolge anzitutto alla famiglia. L'articolo 69 dispone: « Nei casi previsti dagli articoli precedenti, e conformandosi alle regole ivi prescritte, i parenti ed affini dei conjugi fino al terzo grado inclusivamente potranno chiedere le iscrizioni in nome della moglie. » Quali

sono gli articoli precedenti ai quali l'articolo 69 fa rimando? Siccome la legge suppone che vi siano regole alle quali i parenti debbono conformarsi, non può trattarsi che degli articoli 66 e 67, vale a dire che i parenti ed affini non possono chiedere l'iscrizione che in forza dell'autorizzazione del presidente; il che implica che l'ipoteca è specializzata durante il matrimonio. Il testo non prevede dunque il caso che l'ipoteca fosse stata specializzata nel contratto nuziale. I parenti potranno chiedere la iscrizione, in forza del contratto, senza che la legge ne dia loro il diritto. A tutto rigore, bisognerebbe rispondere negativamente, poichè i parenti sono senza veste legale (1). Ma non si spinge in tal modo il rigore troppo oltre? Quando l'ipoteca è stata specializzata nel contratto di matrimonio, vi ha una convenzione che impone al marito l'obbligo di inscrivere e che ne dà il diritto alla moglie. Non si tratta dunque che di eseguire ciò che la legge vuole e ciò che i conjugi vogliono. Se i parenti hanno veste per far specializzare l'ipoteca durante il matrimonio, quando la moglie resta nell'inazione come vi resta il marito, a maggior ragione si deve riconoscere loro il diritto di chiedere un'iscrizione in forza della convenzione dei conjugi, se questi trascurano di farla.

La legge accorda un diritto ai parenti ed affini, non impone loro alcun obbligo. Spetta a loro vedere se convenga usare della facoltà di chiedere iscrizione. Vi hanno interessi morali che dominano gli interessi pecuniarii. Se la pace della famiglia deve essere turbata dall'intervento dei parenti, essi faranno bene ad astenersi. Però questo timore non deve sempre trattenere i parenti. La moglie rallenta il vincolo matrimoniale domandando la separazione dei beni; il che non toglie che sia un diritto ed un dovere per essa di domandarla quando si tratta di salvare i suoi figli dalla miseria. Sarà lo stesso dei parenti incaricati di vegliare agli interessi della moglie, per quanto riguarda l'ipoteca legale.

403. La legge ha dovuto prevedere che i parenti ed affini non prenderebbero l'iscrizione, sia per indifferenza, sia per timore. Essa ha dato il diritto di chiedere l'iscrizione anche al giudice di pace del cantone del domicilio maritale ed al procuratore del re presso il tribunale di prima istanza. Questi magistrati possono d'ufficio chiedere le iscrizioni in nome della moglie. D'ufficio, dice l'articolo 70. Ciò significa non solo che non occorre siano richiesti, ma anche che possono agire senza bisogno dell'autorizzazione del presidente. D'altronde la legge non dice di questi magistrati quello che dice dei parenti ed affini, che cioè debbano conformarsi alle regole prescritte dagli articoli 66 e 67. La ragione di questa differenza è palese. I magistrati ai quali la legge conferisce il diritto d'agire in nome

(1) Beckers, p. 176, n. 144. In senso contrario, Martou, t. III, p. 22, n. 903, e Cloes t. II, p. 249, n. 1320.

della moglie sono incaricati, per la natura stessa delle loro funzioni, di vegliare agli interessi degli incapaci. È dunque naturale ch'essi abbiano l'iniziativa del loro intervento. Ma se sono dispensati dal rivolgersi al presidente del tribunale, devono nell'agire usare ancora maggior circospezione che i parenti e gli affini. Uno zelo inconsiderato potrebbe fare più male che bene. La legge, del resto, non fa loro un dovere di chiedere l'iscrizione, ma dà loro una facoltà di cui useranno se lo credono necessario (1).

Quanto abbiamo detto dei parenti (n. 402) si applica anche ai magistrati. Essi possono prendere iscrizione in forza del contratto di matrimonio, se il marito, la moglie e la famiglia rimangono nell'inazione. È questa iscrizione che presenta i minori inconvenienti, poichè i coniugi erano d'accordo per prenderla.

IV. — Della riduzione dell'iscrizione.

404. L'articolo 72 prevede il caso che le iscrizioni siano eccessive, e dà, per conseguenza, al marito il diritto di chiederne la riduzione. Ma la legge precisa le ipotesi nelle quali il marito ha questo diritto: sono i casi degli articoli 66, 67, 69 e 70, vale a dire i casi in cui l'iscrizione è stata presa, durante il matrimonio, dalla moglie, dai parenti ed affini, o dal giudice di pace o dal procuratore del re. La legge non cita l'articolo 64. Se il marito o la moglie prendono iscrizione in forza della specializzazione fatta nel contratto di matrimonio, non vi ha luogo a riduzione. Quale ne è la ragione? Il progetto della commissione speciale dava al marito il diritto di chiedere la riduzione in tutti i casi in cui l'iscrizione diveniva eccessiva (2). Ora, essa può divenirlo ben di sovente nel sistema della legge, come è generalmente interpretata. Si ammette che la moglie può, in forza del contratto di matrimonio, prendere iscrizione per le somme dotali che le perverranno durante il matrimonio. In ogni caso essa ha un'ipoteca per la dote che apporta al marito. Se l'impiego in immobili è fatto coi denari dotali, o se le successioni che la moglie aspettava sono cattive, l'iscrizione sarà evidentemente eccessiva. Quindi il marito dovrebbe avere il diritto di chiederne la riduzione. Invano gli si oppone il suo consenso: egli può rispondere che ha consentito in vista d'eventualità che non si sono verificate. Ecco una nuova anomalia che risulta dall'opinione generalmente seguíta. Se si ammette l'interpretazione da noi proposta, l'anomalia scompare, perchè l'iscrizione non può essere presa che per diritti che nascono al momento del matrimonio e che sono certi quanto al loro importo. Non vi ha dunque luogo a domandarne la riduzione.

(1) DELEBECQUE, p. 265, n. 362. MARTOU, t. III, p. 23, n. 904. CLOES, t. II, p. 263, n. 1346.

(2) Relazione della commissione speciale (PARENT, p. 26). Confronta MARTOU, t. III, p. 49, n. 936-939.

405. La legge dice che il marito può chiedere la riduzione dell'ipoteca iscritta per le riprese della moglie. Devesi conchiudere ch'egli non potrebbe chiedere la riduzione delle iscrizioni prese per garanzia delle convenzioni matrimoniali? La legge così intesa non avrebbe senso, e sarebbe in contraddizione con sè stessa. Per ciò solo che un'iscrizione presa durante il matrimonio è eccessiva, il marito ha il diritto di ridurla, perchè l'iscrizione è stata chiesta senza il suo consenso e senza ch'egli sia stato sentito. Tale è il sistema della legge. Il diritto alla riduzione esiste dunque senza che si abbia a distinguere fra le diverse cause per le quali è stata presa iscrizione. Che importa che sia stata fatta per le riprese propriamente dette o per altri diritti? Bisogna dunque dire che la parola *riprese* è inesatta e fu usata come sinonimo di diritti e crediti della moglie. Il testo medesimo dell'articolo 72 prova che la legge va interpretata in questo senso. Infatti esso rimanda all'articolo 66. Ora, tale disposizione prevede il caso di dote e di convenzioni matrimoniali; il che comprende le riprese stipulate nel contratto di matrimonio, e l'articolo 67, al quale è fatto rinvio, contempla tutti i diritti che nascono durante il matrimonio. Dunque tutti i crediti della moglie, quali essi siano, garantiti dall'ipoteca legale sono compresi nell'articolo 72, e pertanto, l'iscrizione che sia presa durante il matrimonio può essere ridotta.

406. Il marito può domandare che i crediti, come vennero specializzati, sieno ridotti alle somme che la moglie può aver da reclamare, e la riduzione della somma avrà per conseguenza di limitare l'iscrizione agli immobili sufficienti per la garanzia della moglie. Se l'iscrizione è eccessiva per quanto riguarda gli immobili, è sottinteso che la riduzione si limiterà ai beni; il che può avvenire facilmente, poichè l'iscrizione è chiesta da persone che non conoscono il valore degli immobili, e il presidente, quando è chiamato ad intervenire, deve rimettersi alle informazioni che gli danno la moglie e i parenti (1).

Il marito potrebbe anche domandare che le iscrizioni sieno radiate, se fossero inutili. Per esempio, esse sono state prese per somme dotali, dipendentemente da una eredità pervenuta alla moglie durante il matrimonio, e l'eredità, invece di essere vantaggiosa, si trova gravata di debiti, di modo che la moglie vi ha rinunciato. In questo caso l'iscrizione è stata realmente presa senza causa, e, per conseguenza, deve essere radiata. È il diritto comune, come abbiamo detto, in un'ipotesi analoga, per l'ipoteca legale del minore (n 317).

407. La riduzione deve essere chiesta giudizialmente. Diremo più avanti innanzi a qual tribunale l'azione vada proposta. È necessario che la moglie sia chiamata in causa? Certo non occorre che essa consenta alla riduzione: la legge non lo esige, come faceva il codice civile (art. 2144). La riduzione è

(1) MARTOU, t. III, p. 50, n. 987.

un diritto pel marito, il rifiuto della moglie non può privarnelo. È anche dubbio se la moglie debba essere chiamata in causa. L'articolo 72 non lo richiede e sembra anzi supporre che la moglie non sia parte nella causa, poichè vuole che il tribunale senta il parere dei tre più prossimi parenti di lei. È vero che la moglie è interessata nella causa, ma il legislatore avrà considerato ch'essa non è libera, e ha provveduto ai suoi interessi col parere della famiglia e dando come contraddittore al marito il procuratore del re. Pure in questo senso s'è pronunciata la prima relazione della commissione del senato (1). E tale è anche lo spirito della legge. Nel lasciare al presidente la specializzazione, essa cerca di evitare un conflitto fra i coniugi (n. 396). Vi è la stessa ragione di lasciar la moglie fuori di causa quando il marito chiede la riduzione. La requisitoria del pubblico ministero e l'avviso dei parenti garantiscono sufficientemente i suoi interessi.

408. L'articolo 72 dispone che il tribunale statuirà come in materia sommaria. È la regola che segue il codice, in caso d'opposizione contro la deliberazione del consiglio di famiglia relativa alla specializzazione dell'ipoteca del minore (n. 295). Le lunghe procedure sono inutili in una materia in cui tutto dipende dalle informazioni di fatto che il consiglio dei parenti fornirà al tribunale.

Si domanda come sarà dato questo parere. Il codice civile (art. 2144) voleva che i quattro più prossimi parenti fossero riuniti in consiglio di famiglia. Siccome l'articolo 72 non riproduce questa formalità, non si può esigerla. Il tribunale può limitarsi ad interrogare i parenti, o a decidere ch'essi daranno il loro parere in iscritto, il che semplifica la procedura e diminuisce le spese (2).

L'articolo 72 soggiunge che, se non vi sono parenti nel circuito di due miriametri, il tribunale sentirà il parere di tre persone conosciute per aver colla moglie o la sua famiglia relazioni d'amicizia. Questa disposizione è tolta all'articolo 409 del codice Napoleonico. Essa implica che i parenti devono presentarsi in persona all'udienza. Ci pare che sia una difficoltà di fatto la cui soluzione debba essere lasciata al tribunale. Se esso vuol contentarsi d'un parere per iscritto, e se trova questo parere sufficiente, perchè lo si obbligherebbe a consultare amici che possono ignorare gli interessi della moglie?

Va da sè che il parere dei parenti non vincola il tribunale altrimenti sarebbe inutile sentire il pubblico ministero. È d'altronde il diritto comune: i pareri, le perizie e le inchieste hanno per oggetto d'illuminare i giudici, i quali decidono poi nella pienezza della loro libertà.

(1) D'Anethan, Relazione (Parent, p. 418). Confronta Delebecque, p. 269, n. 369: Beckers, p. 191, n. 161. In senso contrario, Martou, t. III, p. 51, n. 913; Cloes, t. II, p. 284, n. 1388.

(2) Martou, t. III, p. 51, n. 945. In senso contrario, Beckers, p. 293, n. 166.

409. L'articolo 72 dispone che il tribunale statuirà dopo aver sentito il procuratore del re e in contraddittorio con lui. Ciò vuol dire che il pubblico ministero è parte in causa. Esso, secondo la nostra opinione, rappresenta la moglie, poichè la legge non esige che questa sia chiamata in causa. Accade lo stesso quando il tribunale statuisce sull'ipoteca del minore. Rimandiamo a quanto si è detto sull'articolo 51 (n. 296).

410. La legge non parla dell'appello, e quindi si resta sotto l'impero del diritto comune. Siccome il pubblico ministero è parte in causa, potrà ricorrere in appello o in cassazione, il tutto come in materia di tutela (n. 296).

411. Quale è l'effetto della riduzione? Bisogna applicare all'ipoteca della moglie quanto abbiamo detto dell'ipoteca del minore. Non è l'ipoteca che vien ridotta o cancellata, ma l'iscrizione. Ne risulta che l'ipoteca cessa d'essere efficace, ma sussiste, poichè è stabilita dalla legge.

Per conseguenza, la moglie potrebbe chiedere, dato il caso, nuove iscrizioni, coll'autorizzazione del presidente del tribunale, ben inteso in forza di nuove cause.

412. Non bisogna confondere l'azione di riduzione di cui abbiamo parlato coll'azione intentata dal marito dopo l'alienazione d'un immobile gravato dall'ipoteca legale, all'effetto di far fissare la cifra delle riprese della moglie e di farla collocare per l'importo delle sue riprese. Non si tratta, in questo caso, di ridurre l'ipoteca della moglie, sibbene di determinare l'importo dei diritti ch'essa ha da esercitare contro il marito.

Ecco un caso che si è presentato davanti la Corte d'Orléans. Il marito vende un fondo per 200,000 franchi. L'atto è trascritto e l'acquirente adempie le formalità stabilite per la purgazione. La moglie del venditore prende iscrizione per una somma di 150,000 franchi, faciente parte della dote apportata al momento del contratto di matrimonio e per una somma di 75,000 franchi ch'essa aveva raccolta, durante il matrimonio, per successione o donazione. Il marito spiega un'azione tendente a che la moglie giustifichi i suoi diritti. Egli sosteneva che questi diritti ammontassero solo a 125,000 franchi, e che l'iscrizione della moglie dovesse essere radiata per tutto quanto eccedeva questa somma. La moglie oppose un'eccezione perentoria alla domanda, avendo il marito trascurato di adempiere le formalità prescritte dall'articolo 2044 (legge ip. art. 72) per la riduzione dell'ipoteca legale. Questa eccezione è stata respinta.

La domanda, dice la Corte, non aveva altro scopo che di costituire la moglie in mora a giustificare la cifra delle sue riprese o a farla fissare giudizialmente, e di farla collocare poi sul prezzo dell'immobile venduto. Diversa è la domanda di riduzione che ha per oggetto di limitare l'iscrizione alle garanzie che sono necessarie per la conservazione dei diritti della moglie (1).

(1) Orléans, 29 marzo 1862 (DALLOZ, 1862, 2, 99).

§ IV. — *Della prova dei diritti garantiti dall'ipoteca.*

413. La legge accorda alla moglie un'ipoteca per la garanzia dei suoi diritti e crediti.

L'ipoteca deve essere specializzata e iscritta. Supponiamo che queste formalità sieno state adempite. Ne risulterà che la moglie ha un'azione ipotecaria fino a concorrenza delle somme per le quali avrà preso iscrizione? No, certo. Non vi ha ipoteca che quando esiste un'obbligazione principale. Se l'esistenza di questa obbligazione è contestata, la moglie deve provarla poichè essa è attrice. Ora, la specializzazione e l'iscrizione non costituiscono una prova sufficiente. Nel caso che abbiamo citato, la moglie pretendeva di esercitare la sua ipoteca per somme dotali di 225,000 franchi, mentre il marito sosteneva che le di lei riprese non ammontassero che a 125,000 franchi.

La moglie invocava il contratto di matrimonio, ma avviene tutti i giorni che la dote costituita non sia pagata, o non lo sia integralmente. Ora, la specializzazione dell'ipoteca, quantunque vi concorra il marito, non prova il pagamento della dote. Infatti l'ipoteca per la dote della moglie deve essere specializzata prima delle nozze, mentre il pagamento non si farà che durante il matrimonio. A maggior ragione gli è così quando si tratta di diritti eventuali, come somme dotali che pervengono alla moglie durante il matrimonio. Se è stata presa iscrizione per questo titolo, bisogna che la moglie provi inoltre quale è l'importo delle successioni o donazioni ch'essa ha raccolte, e deve ancora provare che il marito ha riscosso i denari dotali. Non soltanto il marito ha interesse e diritto a contestare le domande della moglie, ma anche e specialmente i terzi creditori. Il marito può essere ed è sovente d'accordo colla moglie per avvantaggiare questa a spese dei creditori: costoro saranno ammessi a provare che la costituzione di dote è simulata e che la quitanza rilasciata dal marito è fittizia (1).

414. La sola difficoltà, in questa materia, è di sapere come si darà la prova. Siccome la legge ipotecaria non ne parla, essa se ne rimette implicitamente al diritto comune, quale fu da noi esposto al titolo delle *Obbligazioni*.

Nulla è più difficile della teoria delle prove, e l'applicazione solleva ogni giorno nuovi dubbi. A sentire certi autori si crederebbe che non vi sono principii certi per quanto riguarda la prova che incombe alla moglie. Così Grenier dice che « questa sorta d'affari dipende molto dalle circostanze e non ha regole fisse ». Sono parole di Denisart. Ciò poteva esser vero nell'antico diritto, in cui tutto era incerto, ma non è punto esatto sotto l'impero d'un codice che traccia regole sicure sulle prove. Grenier dice poi che l'autorità giudiziaria deve venire in soccorso alla moglie la quale non ha potuto procurarsi una prova

(1) Aubry e Rau, t. III, p. 219, e nota 16, e le autorità che citano.

scritta. Senza dubbio: ma ciò non è vero che nei casi previsti dalla legge. E se Grenier avesse consultato la legge, non avrebbe detto che la moglie è sempre ammessa alla prova testimoniale, perchè si tratta, non di *convenzioni*, ma di *fatti* (1). I fatti di cui è questione nella specie, sono fatti giuridici, e questi fatti devono essere provati secondo le regole che il codice stabilisce. Non si deve dunque porre per principio che la prova testimoniale è sempre ammessa, e, per conseguenza, sono lecite le presunzioni ed anche la pubblica fama. Tutto dipende dal fatto giuridico che si tratta di stabilire. La moglie reclama un'indennità di 10,000 franchi per una obbligazione ch'essa ha sottoscritto a favore del marito. Si dirà che la moglie avrà facoltà di provare il suo regresso mediante testimonii? La negativa è evidente, perchè si tratta d'un fatto giuridico, del pagamento che la moglie pretende aver fatto in forza dell'obbligazione da lei contratta. Ora, essa ha potuto e dovuto procurarsi una *quietanza*, e quindi non può invocare l'articolo 1348. È soltanto quando si tratta di fatti ai quali la moglie non ha concorso ch'essa può invocare questa disposizione. Così essa può provare con testimonii il fatto che il marito abbia ricevuto la dote. Quanto alla prova per pubblica fama, essa è affatto eccezionale. A nostro avviso la moglie non può invocarla che nei casi espressamente previsti dalla legge. Rimandiamo a quanto si è detto, su questo punto, al titolo del *Contratto di matrimonio* (2).

415. La legge sui fallimenti (art. 559 e 560) ha apportato un'eccezione al diritto comune. In caso di fallimento del marito, la moglie non può esercitare la sua ipoteca che provando, con inventario o con un altro atto autentico, la consegna e il pagamento delle sue collazioni dotali.

Il pericolo della frode giustifica questa eccezione.

Art. 4. — Ipoteca legale dello stato, delle provincie, dei comuni e degli stabilimenti pubblici.

416. L'art. 47 (codice civile, art. 2121), che enumera le ipoteche legali, dispone che i diritti e crediti ai quali la legge accorda un'ipoteca sono quelli dello stato, delle provincie, dei comuni e degli stabilimenti pubblici, sui beni dei ricevitori ed amministratori contabili. Lo stato e le sue suddivisioni sono sempre stati considerati, al pari degli stabilimenti pubblici, come minori, vale a dire come incapaci che non possono vegliare essi medesimi ai loro interessi. Per conseguenza, la legge dà loro le garanzie ch'essi non possono stipulare. Questa equiparazione non è perfettamente esatta. È vero che lo stato e gli stabilimenti pubblici sono enti fittizi, e come tali, si può dire che non

(1) GRENIER, *Trattato delle ipoteche*, n. 234, (t. I, p. 314 dell'edizione belga).
(2) Confronta MARTOU, t. III, p. 14, n. 886. AUBRY e RAU, t. III, p. 219, nota 17, § 264 *ter*.

hanno la capacità d'agire e di tutelare i diritti di cui sono investiti. Tuttavia questa stessa incapacità è una specie di finzione. Vi ha grande differenza fra lo stato e i minori. Questi sono naturalmente incapaci, ed hanno per rappresentante un tutore che amministra gratuitamente e che è soggetto al controllo d'un protutore e d'un consiglio di famiglia, la cui sorveglianza è realmente fittizia. La legge ha dunque dovuto intervenire in loro favore, altrimenti i loro diritti potrebbero perire. Non così dello stato. Esso ha per organo dei funzionarii, vale a dire uomini istrutti, sperimentati, la cui esistenza e il cui avvenire dipendono dallo zelo che dedicano all'adempimento dei loro doveri. Il codice Napoleone ha tenuto conto di questa differenza. Pur accordando allo stato ed ai pubblici stabilimenti un'ipoteca legale, l'ha sottoposta alla pubblicità, mentre l'ipoteca dei minori era efficace anche quando non fosse stata resa pubblica. Secondo la legge belga, tutte le ipoteche legali devono essere inscritte: sotto questo rapporto, lo stato ed i minori sono posti alla stessa stregua. Sotto un altro rapporto, lo stato e gli stabilimenti pubblici godono d'un diritto eccezionale. La loro ipoteca è pubblica, ma non speciale, nel senso dell'ipoteca dei minori. Abbiamo detto più sopra (n. 258) quale sia il motivo di questa specie di privilegio. L'ipoteca dello stato e degli stabilimenti pubblici non deve essere specializzata con un atto che precede l' iscrizione, ma l'iscrizione deve essere speciale (art. 89). Inoltre, lo stato può prendere iscrizione su tutti gli immobili dei contabili, senza che questi abbiano diritto di chiederne la riduzione per causa d'eccesso. Il favore dovuto al pubblico denaro giustifica questa deroga alla legge comune. Ve n'è anche un' altra riguardante i beni delle mogli dei contabili. Ritorneremo su questo tema (n. 422).

417. L'ipoteca legale è accordata allo stato, alle provincie, ai comuni ed agli stabilimenti pubblici. Che cosa s'intende, in questa materia, per stabilimenti pubblici? Il codice dà ordinariamente tal nome alle cosidette persone civili, che la legge incarica d'un pubblico servizio (art. 910), di modo che ogni persona civile pubblica è uno stabilimento pubblico, o, come dice anche la legge, uno stabilimento di pubblica utilità. Basta che uno stabilimento sia di pubblica utilità perchè abbia un'ipoteca legale sui beni di coloro che maneggiano i suoi denari? Generalmente si ammette la negativa. Ma la difficoltà sta nel determinare quali siano gli stabilimenti che godono di un'ipoteca, e a qual carattere si possano distinguere quelli che non ne godono. Si legge in una sentenza della Corte di cassazione del Belgio che, nell'articolo 2121 (legge ip. art. 47), s'intendono per stabilimenti pubblici soltanto quelli che, istituiti dalla legge per un interesse comune, dipendono direttamente dalla pubblica autorità all'alta sorveglianza della quale sono sottoposti (1). Ciò

(1) Rigetto, 7 giugno 1849 (*Pasicrisie*, 1849, 1, 381).

è troppo vago, e la definizione non è attinta nei principii della materia. Bisogna risalire alla causa per la quale la legge accorda un'ipoteca allo stato, alle provincie, ai comuni ed a certi stabilimenti pubblici. Ora, il fondamento dell'ipoteca e dei diritti speciali che vi sono attribuiti è la destinazione dei danari che i contabili sono incaricati di percepire. È perchè trattasi di danaro pubblico, alla cui percezione ha interesse l'intera nazione, che la legge sottopone i contabili ad una garanzia speciale, garanzia che la legge non considera mai come eccessiva, anche quando superasse l'importo dei crediti che lo stato può avere contro i debitori. In base a questo, gli stabilimenti pubblici menzionati nell'articolo 47 si possono definire quelli i cui denari sono posti nella categoria dei denari pubblici; il che dipende dalla gestione dei contabili e dal modo di contabilità che è loro imposto (1).

418. Troviamo un'applicazione di questo principio, e nel tempo stesso una giustificazione del medesimo, nel decreto consolare del 19 vendemmiale anno XII. L'articolo 1 stabilisce: « I *ricevitori* dei *comuni* ed i ricevitori degli *ospedali, istituti di carità, case di soccorso ed altri stabilimenti di beneficenza,* sotto qualunque denominazione sieno conosciuti, saranno tenuti ad esperire sotto la loro responsabilità, tutte le pratiche necessarie per la riscossione dei legati, ecc., destinati al servizio di questi stabilimenti ». L'articolo 5 soggiunge: « Saranno inoltre i detti *ricevitori* sottoposti alle disposizioni delle leggi relative ai *contabili · dei denari pubblici* ed alle loro responsabilità ». Ecco il carattere distintivo dei *contabili* e degli *stabilimenti pubblici* che cadono sotto l'applicazione dell'articolo 47 (codice civile, art. 2121). Non basta che lo *stabilimento* sia *pubblico,* non basta che vi sieno dei *contabili,* bisogna che i denari sieno pubblici e che i contabili sieno sottoposti alle leggi che reggono i funzionari incaricati di ricevere e di maneggiare il pubblico denaro. Gli è solamente sotto questa condizione che gli stabilimenti pubblici si possono assimilare allo stato ed alle sue suddivisioni, le provincie ed i comuni. Tali sono gli ospizi e gli istituti di beneficenza. Essi sono stabilimenti comunali incaricati d'un servizio pubblico, della carità legale. I loro denari sono pubblici al pari di quelli del comune o dello stato. La loro destinazione è la stessa, perchè la carità legale è un servizio pubblico quanto l'insegnamento e la giustizia. Per questa ragione coloro i quali maneggiano i denari di simili stabilimenti sono sottoposti alle leggi che governano la contabilità dello stato.

419. L'applicazione di tali principii ha sollevato due questioni molto controverse. Le casse di risparmio e le fabbricerie sono stabilimenti pubblici nel senso dell'articolo 47? La prima questione non si presenta nel Belgio. La cassa di risparmio è, secondo la nostra legislazione, uno stabilimento dello stato. È

(1) AUBRY e RAU, t. III, p. 248, § 264 *quater*.

la stessa banca, la Banca Nazionale, che si trova incaricata del servizio della cassa di risparmio e del servizio di cassiere dello stato.

In Francia non è così. Le casse di risparmio vi hanno un duplice carattere. Create dall'iniziativa dei privati, esse sono nel tempo stesso stabilimenti pubblici, che godono, come tali, della personalità civile e compiono una funzione che è certamente d'interesse generale, poichè il risparmio tende a migliorare la condizione materiale e morale delle classi operaie. La Corte d'Amiens, fondandosi sul fatto che le casse di risparmio sono stabilimenti pubblici, ha giudicato che i cassieri vanno soggetti all'ipoteca legale, in forza dell'articolo 2121 (1) (legge ip. art. 47). Questa decisione è stata cassata.

La Corte suprema ha pronunciato parecchie sentenze sulla materia. Le riferiamo perchè servono a decidere la questione di principio, la questione cioè di sapere che cosa si deve intendere per stabilimenti pubblici nell'articolo 47, che riproduce l'articolo 2121 del codice civile.

In un primo caso, si trattava d'una cassa di risparmio fondata col titolo e nella forma d'una società anonima; il che indicava già il carattere privato dell'istituzione. Non è in potere dei privati costituire un comune, nè un ospizio, nè un istituto di beneficenza. È vero che la detta società era stata approvata con ordinanza reale nella forma dei regolamenti di pubblica amministrazione, e per conseguenza godeva di tutti i vantaggi che le leggi accordano a simili istituzioni, come quello di versare i loro fondi in conto corrente al pubblico tesoro, e, sotto la garanzia del tesoro, nella cassa dei depositi. Le casse di risparmio possono anche ricevere doni e legati. Eppure esse non sono *stabilimenti pubblici* nel senso dell'articolo 2121 (legge ip. art. 47). Infatti l'autorità pubblica non interviene direttamente nella loro gestione, nè esse sono soggette alle leggi di contabilità.

A differenza delle regole stabilite per i comuni e gli ospizi, il servizio delle casse di risparmio si fa secondo i loro statuti particolari; il loro bilancio non va sottoposto all'autorità superiore; nessun modo particolare è tracciato ai loro creditori per la riscossione dei loro crediti. Infine, il che è decisivo, e la Corte di cassazione dimentica d'aggiungere, i denari depositati alle casse non sono denari pubblici e non sono destinati ad un servizio pubblico. Dunque esse non costituiscono uno stabilimento pubblico, nel senso della legge ipotecaria (2). La sentenza che ha cassato la decisione della Corte d'Amiens soggiunge che, malgrado la sorveglianza che lo stato esercita sulle casse di risparmio e l'appoggio che vi presta, esse non sono divenute stabilimenti dello stato, perchè non fanno un servizio pubblico,

---

(1) Amiens, 29 marzo 1855 (Dalloz, 1855, 2, 306).

(2) Rigetto, sezione civile, 5 marzo 1857, in seguito a deliberazione in camera di consiglio (Dalloz, 1856. 1, 121).

ma un servizio speciale agli interessi privati di cui hanno assunta la protezione nel limite delle loro attribuzioni (1).

420 Gli stabilimenti ecclesiastici, come fabbricerie, seminari, capitoli cattedrali, hanno un'ipoteca sui beni dei loro amministratori contabili. Nell'antico diritto, questi stabilimenti godevano della personalità civile sotto ogni riguardo; essi fruivano altresì d'una ipoteca legale (2).

Ciò dipendeva dall'intimo legame, per meglio dire, dalla confusione fra la chiesa e lo stato. Ne risultava che tutti gli stabilimenti ecclesiastici erano stabilimenti pubblici. Lo stato esercitava su questi stabilimenti la stessa autorità che sugli stabilimenti laici. La rivoluzione del 1789 cominciò la secolarizzazione della chiesa, e la nostra costituzione l'ha completata, ma in modo singolare. La chiesa non è più uno stabilimento pubblico nel senso che non è subordinata allo stato; essa gode, sotto questo rapporto, di un'assoluta indipendenza. Ma la chiesa è sempre uno stabilimento pubblico nel senso che fruisce della personificazione civile e dei vantaggi che vi sono annessi, donde il carattere indeciso di questo istituto. La Corte di cassazione ha giudicato che le fabbricerie non sono stabilimenti pubblici nel senso dell'art. 47 (codice civile, art. 2121). È certo però, e non era contestato, che, sotto molteplici rapporti le fabbricerie sono assimilate agli stabilimenti pubblici e che vanno soggette alle regole che li governano. Perchè dunque la Corte suprema rifiuta loro il carattere di stabilimenti pubblici dal punto di vista dell'ipoteca legale? Anzitutto, non si può dire delle fabbricerie quanto abbiamo detto degli ospizi ed altri istituti di beneficenza, ch'esse hanno per oggetto un servizio pubblico. La carità legale interessa tutti i cittadini, le fabbricerie non ne riguardano che una parte, quella dei cattolici. In questo senso, sono destinate ad un servizio privato, quantunque questo servizio, per ciò che riguarda la religione, sia d'interesse generale. È questo duplice carattere delle fabbricerie che rende tanto difficile la decisione della nostra questione. Esse sono stabilite dalla legge, ma si rinnovano e si perpetuano senza l'intervento dell'autorità, di cui non subiscono il regolare controllo. Ecco perchè il decreto del 19 vendemmiale anno XII, relativo ai contabili dei comuni e degli istituti di carità, non menziona le fabbricerie, come non le menzionano le leggi posteriori al codice civile. Così la legge del 15 settembre 1807, che completa la disposizione dell'articolo 2121, e la legge del 15 settembre dello stesso anno, che istituisce la corte dei conti e sottopone alla sua giurisdizione i contabili dello stato, dei dipartimenti e dei comuni, tacciono sulle fabbricerie.

Ciò che è più notevole e, a nostro credere, decisivo, si è che il decreto del 30 dicembre 1809 sulle fabbricerie non dice

---

(1) Cassazione, 8 luglio 1856 (Dalloz, 1856, 1, 278).

(2) De Ghewiet, *Istituzioni di diritto belga*, II parte, tit. 1, § 3.

nulla dell'ipoteca legale, benchè regoli dettagliatamente e completamente i doveri dei tesorieri e le garanzie che sono prese a loro riguardo. L'ipoteca legale, se colpiva i tesorieri, rendeva inutile questo aumento di garanzia. Esso non era necessario se non perchè le fabbricerie non avevano ipoteca sui beni dei loro contabili. È la sola spiegazione che si possa dare del silenzio che mantiene il decreto del 1809, quando il decreto del 15 novembre 1811, relativo all'università, ha cura di richiamare l'articolo 2121. La differenza che la legge stabilisce fra i contabili delle fabbricerie e quelli degli istituti di carità si spiega colle disposizioni che riguardano la nomina dei tesorieri. Essi sono scelti fra i notabili delle parocchie; le loro funzioni sono di breve durata, e d'ordinario non ricevono emolumenti (1).

421. L'ipoteca legale dello stato, delle provincie, dei comuni e degli stabilimenti pubblici colpisce i beni dei ricevitori ed amministratori contabili.

Che cosa s'intende per contabili? Non tutti gli amministratori delle finanze sono contabili. Tarrible ha stabilito benissimo il principio che serve a distinguere coloro i cui beni sono gravati d'ipoteca (2). Vi hanno, egli dice, nell'amministrazione delle finanze, funzionari che maneggiano realmente il denaro pubblico. Ve ne sono altri che dirigono soltanto la riscossione e l'impiego di questo stesso denaro, senza maneggiarlo direttamente. Solo i primi sono contabili e soggetti all'ipoteca legale; gli altri non vi sono sottoposti. La distinzione risulta dalla definizione che dà Ferrière dei contabili. Contabili sono coloro che maneggiano denari pubblici o del re. La legge del 16 settembre 1807 sulla contabilità ha consacrato la tradizione. Ne risulta che il vero contabile è colui il quale, sia ricevendo i denari pubblici, sia facendone l'impiego, maneggia realmente questi denari ed è perciò soggetto alla giurisdizione della corte dei conti. Quanto a colui che dirige la riscossione o l'impiego, vale a dire l'ordinatore, egli non è contabile, e la corte dei conti non ha su lui alcuna giurisdizione anche se si rendesse colpevole di prevaricazioni. Quello che diciamo dei contabili dello stato si applica naturalmente a coloro che maneggiano i denari delle provincie, dei comuni e degli stabilimenti pubblici.

422. A termini dell'articolo 48 (codice civile, art. 2122), l'ipoteca legale dello stato, delle provincie, dei comuni e degli stabilimenti pubblici si estende ai beni attuali e futuri del contabile. Essa è dunque generale, nel senso che il creditore può prendere iscrizione su tutti i beni del debitore.

---

(1) Rigetto, 7 giugno 1849 e la requisitoria dell'avvocato generale DEWANDRE (*Pasicrisie*, 1849, 1 362). Confronta in senso diverso, AUBRY e RAU (t. III, pagina 249, nota 5), cogli autori che citano, e CLOES, t. II, p. 150, nota 1.

(2) TARRIBLE, nel *Repertorio* di MERLIN, alla voce *Hypothèques*, sez. II, § III, art. 4.

La legge esige soltanto che le note ch'egli presenta al conservatore contengano l'indicazione speciale della natura e della situazione di ciascuno degli immobili del contabile (art. 89; codice civile, art. 2153). Queste iscrizioni, anche quando fossero evidentemente eccessive, non possono essere ridotte sulla domanda del debitore, come la legge permette per l'ipoteca dei minori e delle donne maritate. Ne abbiamo già detto la ragione (n. 258).

L'articolo 48 soggiunge che questa ipoteca si estende ai beni futuri della moglie del contabile. Perchè l'ipoteca colpisce beni che non appartengono al debitore? Perchè la legge ha temuto la frode. Per sottrarre i suoi beni all'ipoteca di cui la legge li colpisce, il contabile avrebbe potuto, complice la moglie, comperarli in nome di questa. La frode è tanto facile che la legge la presume; il che dispensa il creditore dall'onere della prova, prova sempre difficile, perchè è più agevol cosa frodare che dimostrare la frode. Tuttavia non è che una presunzione che ammette la prova contraria. La moglie può provare ch'essa ha acquistato i beni sia a titolo di successione o di donazione, il che esclude ogni possibilità di frode, sia a titolo oneroso, con denari suoi propri. Questa prova, se la moglie può darla, distrugge la presunzione nell'articolo 48, perchè la legge presume che la moglie abbia acquistato i beni coi denari del marito e per conto di costui. Ne consegue che la presunzione legale non è applicabile nel caso in cui l'acquisto fosse stato fatto dalla moglie prima che il marito venisse chiamato alle funzioni di contabile.

Sezione IV — **Delle ipoteche convenzionali**

423. A termini dell'art. 44 (codice civile, art. 2117), « l'ipoteca convenzionale è quella che dipende dalle *convenzioni* e dalla forma estrinseca degli atti e dei contratti ». Bisogna dunque, perchè vi sia ipoteca convenzionale, che sia stabilita mediante una convenzione. Il contratto che costituisce l'ipoteca è indipendente dall'obbligazione al soddisfacimento della quale essa è vincolata. Senza dubbio, l'ipoteca convenzionale, come ogni altra ipoteca, costituisce l'accessorio di un'obbligazione principale; ma bisogna guardarsi bene dal conchiudere, come si è fatto, ch'essa si confonde con questa obbligazione, al punto da prenderne la natura. Tutto ciò che risulta dal carattere accessorio dell'ipoteca si è ch'essa non può esistere senza che si abbia un'obbligazione che è destinata a garantire.

Del resto, l'obbligazione principale può non essere convenzionale: essa può risultare da un quasi-contratto, da un delitto o da un quasi-delitto; mentre l'ipoteca convenzionale non si concepisce senza contratto. Anche quando l'obbligazione principale è convenzionale, differisce ancora dall'ipoteca stabilita mediante convenzione. Questa, secondo la definizione che la legge ne dà, dipende dalla *forma estrinseca* degli atti e dei contratti,

mentre le obbligazioni convenzionali, per la garanzia delle quali l'ipoteca è stipulata, non sono soggette ad alcuna formalità.

Trattasi ordinariamente di un prestito, contratto non solenne, come tutti quelli di cui il codice si occupa a partire dalla vendita. Perciò l'obbligazione principale può essere constatata da una scrittura privata, lo scritto non servendo che di prova. Non così del contratto accessorio. L'ipoteca convenzionale non può essere consentita che con atto autentico. Se dunque le parti vogliono redigere un solo e medesimo atto per constatare la convenzione principale e per costituire un'ipoteca, dovranno stender un atto autentico; di modo che l'accessorio domina, in questo caso, il principale. Ma esse possono anche fare le loro convenzioni con atti separati; per meglio dire, la convenzione principale non ha bisogno di essere fatta con un atto, ma l'ipoteca deve sempre essere consentita con atto notarile. L'autenticità è della sua essenza.

424. Regna nella soggetta materia tanta incertezza e, a nostro avviso, tanto errore, che siamo obbligati ad insistere su queste nozioni puramente elementari, perchè si contesta perfino il principio che abbiamo stabilito. Dobbiamo dunque provare, anzitutto, che l'ipoteca è un contratto, e, in secondo luogo, che è un contratto solenne. Il codice distingue due specie di contratti, i contratti sinallagmatici ed i contratti unilaterali; ma è dell'essenza di ogni contratto che vi sia concorso di consenso. Finchè una sola delle parti consente, vi ha semplice offerta, il che in diritto si chiama una pollicitazione. Bisogna che questa offerta sia accettata perchè si formi un contratto, e il contratto non esiste che a partire dall'accettazione. Rimandiamo a quanto si è detto, al titolo delle *Obbligazioni*, su questo punto (v. XV, n. 468-481). Tali principii sono applicabili all'ipoteca convenzionale. Essa costituisce un contratto unilaterale, poichè il solo debitore si obbliga; il creditore non contrae alcuna obbligazione. Egli stipula la garanzia reale, la condizione sotto la quale contrae; il debitore la consente. È per questo concorso che l'ipoteca si stabilisce.

I testi, i principii, la tradizione, lo spirito del codice civile e della legge ipotecaria, concorrono per confermare questo principio, che è altrettanto fondamentale quanto elementare. Secondo l'articolo 43, l'ipoteca è legale, convenzionale o testamentaria. Che cosa caratterizza queste tre specie d'ipoteche? L'ipoteca legale risulta dalla sola legge; essa non esige alcun consenso delle parti interessate. Il creditore è incapace di stipularla e incapace di rinunciarvi, e il debitore non può opporsi a che i suoi beni ne sieno colpiti. Tutto si fa senza la volontà delle parti interessate e, all'uopo, loro malgrado.

Non accade così dell'ipoteca convenzionale. Essa *dipende dalle convenzioni,* dice l'articolo 44 (codice civile, art. 2117). Ciò significa chiaramente che, senza convenzione, non potrebbe esservi ipoteca convenzionale. La parola stessa lo dice. Ora, non vi ha convenzione senza concorso di consenso. Non basta che

il debitore consenta a gravare il suo immobile d'una ipoteca: bisogna che il creditore, alla sua volta, consenta perchè il contratto si formi. Se il creditore non è presente all'atto col quale il debitore costituisce l'ipoteca, deve accettare, ed è soltanto in seguito a questa accettazione che il contratto si perfeziona e l'ipoteca esiste.

Ecco il testo. Che cosa dicono i principii? L'ipoteca è uno smembramento della proprietà, un'alienazione parziale. Perchè la proprietà sia smembrata, bisogna che vi sia un creditore a vantaggio del quale il debitore consente ad alienare una parte del suo diritto di proprietà, ed occorre inoltre che il debitore accetti questa parziale trasmissione di proprietà. Si concepisce che la piena proprietà sia trasferita senza il consenso di colui che trasmette la cosa e di colui che l'acquista? Non si comprende maggiormente che sia trasferita una frazione della proprietà senza che il creditore l'acquisti. E può egli acquistare senza consentire? Finchè non ha consentito, non vi è che una offerta, una pollicitazione. Il debitore che l'ha fatta potrebbe sempre ritirarla, poichè senza l'accettazione non vi ha alcun vincolo fra lui e il creditore. Non è questa la posizione delle parti quando il debitore costituisce un'ipoteca? Il creditore non contratta che sotto questa condizione; il debitore si obbliga a procurare tale sicurtà al creditore. Questi deve accettarla, e, accettandola, vincola il debitore, il quale non può più far nulla che leda il diritto che il creditore ha acquistato. Se, per fatto proprio, diminuisce le garanzie che, *col contratto*, ha date al suo creditore, perde il beneficio del termine. È quello che dice l'articolo 1188. Questa disposizione prova ad un tempo che l'ipoteca è una sicurtà contrattuale e che il contratto genera una obbligazione a carico del debitore ed un diritto a vantaggio del creditore. Come potrebbe ciò farsi senza concorso di volontà?

Tali sono i principii. Sentiamo ora la tradizione. Nell'antico diritto, si attribuiva l'ipoteca ad ogni contratto stipulato in forma autentica avanti notaio. L'ipoteca si confondeva colla obbligazione principale; donde risultava ch'essa era essenzialmente convenzionale. Senza concorso di consenso non vi era convenzione principale, e quindi non ipoteca. Secondo la teoria tradizionale, la questione che discutiamo non avrebbe potuto nemmeno presentarsi. Vi erano soltanto alcune consuetudini, le consuetudini di pegno, che consideravano l'ipoteca come un contratto distinto. Ora, la nostra legge ipotecaria procede da quelle consuetudini. Importa dunque ricordare come si costituiva l'ipoteca nel nostro antico diritto. L'abbiamo già detto. Si seguivano, per l'ipoteca convenzionale, le condizioni e le forme che la tradizione aveva consacrate per la trasmissione della proprietà immobiliare, ossia il debitore si spogliava del diritto di cui investiva il creditore, donde le formalità delle *dessaisine* e delle *saisine* (1). È l'espressione esatta dei principii che abbiamo esposto.

---

(1) MERLIN, *Repertorio*, alla voce *Hypothèques*, § I (v. XIII, p. 411).

Il debitore che costituisce un' ipoteca, aliena una parte del suo diritto di proprietà, e quindi se ne *spoglia* (*dessaisit*). Basta questo perchè l'ipoteca esista a vantaggio del creditore? No, come la *dessaisine* del venditore non basta perchè la proprietà sia trasmessa al compratore. Occorre inoltre che il creditore sia *investito* (*saisi*) del diritto di cui il debitore si spoglia in di lui favore, come occorre la *saisine* perchè il compratore acquisti la proprietà di cui il venditore si spoglia a suo vantaggio. Così, consenso del debitore e consenso del creditore; ecco le condizioni richieste dalle consuetudini di pegno perchè vi sia ipoteca convenzionale.

Però, già nell'antico diritto, i pratici avevano immaginato una costituzione d'ipoteca che si effettuava colla sola volontà del debitore, o per meglio dire, senza concorso di volontà. Il presidente Favre, l'implacabile avversario dei pratici, diceva essere cosa mostruosa, vale a dire supremamente assurda, l' affermare che un' ipoteca convenzionale potesse esistere indipendentemente da una convenzione (1).

Gli autori del codice civile avrebbero forse consacrato una simile enormità? Il testo dell'articolo 2117 (legge ip. art. 44) sembra concepito apposta per ripudiare l'errore che il presidente Favre aveva stigmatizzato. Se, come dice la legge, l'ipoteca convenzionale *dipende dalle convenzioni*, come potrebbe esistere senza una convenzione? Udiamo l' oratore del Governo. Ecco come egli spiega nell'Esposizione dei motivi, la definizione dell'articolo 2117: « *Due persone* che *contrattano* si *danno rispettivamente sicurtà*, in un atto autentico, per garanzia delle loro convenzioni. Ecco l'ipoteca convenzionale » (2). *Si danno rispettivamente*: ciò significa appunto che il creditore stipula la garanzia e che il debitore la promette. Dunque l'ipoteca non esiste che pel concorso di *entrambe le parti* che *contrattano*.

Sotto l'impero del codice, vi era controversia, come spiegheremo, sul punto di sapere se l'ipoteca fosse valida quando il mutuatario compariva da solo avanti il notaio per dichiarare che aveva ricevuto una somma a titolo di mutuo, e che sottoponeva il tal fondo ad ipoteca per garanzia della propria obbligazione. La commissione speciale che ha preparato il progetto di legge esamina la questione nella sua relazione, e decide che l'ipoteca così stabilita sarebbe nulla. Infatti, essa dice, l'ipoteca deve essere costituita con atto autentico, e, come atto costitutivo d'ipoteca, l'atto non può avere esistenza che mediante l'accettazione, constatata autenticamente, del creditore. La commissione soggiunge che la legge riconosce soltanto le ipoteche legali, testamentarie e convenzionali, ma ignora affatto una quarta classe d'ipoteche volontarie da parte del solo debitore (3). È vero. Un' ipoteca con-

(1) FABER, *De erroribus pragmaticorum*, decad. I, error. I.
(2) TREILHARD, Esposizione dei motivi, n. 10 (LOCRÉ, t. VIII, p. 241.
(3) Relazione della commissione speciale (PARENT, p. 39).

sentita dal solo debitore non può essere chiamata convenzionale senza mostruosità, come dice il presidente Favre. Sarebbe dunque un'ipoteca diversa dall'ipoteca convenzionale; e dov'è il testo che consacra questa specie d'ipoteca? Vi sarebbe dunque un'ipoteca che la legge non conosce! Ecco quanto può, a giusto titolo, chiamarsi una nuova mostruosità.

425. Tuttavia l'errore che il presidente Favre chiamava mostruoso si è perpetuato. Lo si insegna e lo ammette anche la giurisprudenza. Uno dei commentatori della nostra legge ipotecaria dichiara di non essere convinto dall'argomento della commissione speciale che abbiamo citato. Dal fatto che la legge non riconosce che tre specie d'ipoteche non si può conchiudere, egli dice, che quella resultante dalla volontà unilaterale del debitore non sia un'ipoteca convenzionale, poichè l'atto di costituzione d'una ipoteca può bene essere semplicemente unilaterale e non richiede il *duorum in unum placitum consensus*. Ciò vuol dir forse che l'ipoteca costituita dal solo debitore sia una convenzione unilaterale, e non esiga, per conseguenza, il concorso delle volontà del debitore e del creditore? Se tale è il concetto dello scrittore, egli s'inganna certamente, perchè il concorso di volontà è necessario per qualunque contratto. Accade così della donazione, contratto unilaterale, ciò che non toglie che essa non esista se non dopo l'accettazione del donatario, la quale deve per di più essere notificata al donante. L'autore che combattiamo soggiunge che la legge belga riconosce l'ipoteca testamentaria, la quale risulta dalla sola volontà del testatore. Essa ha dunque, egli dice, potuto ammettere anche un'ipoteca stabilita unicamente dalla volontà dei debitori. L'ipoteca è convenzionale nel senso che occorre la volontà del debitore per costituirla, in opposizione all'ipoteca legale, che esiste indipendente dalla volontà del debitore (1). Questo confronto non ci pare troppo concludente. Innanzi tutto non è esatto il dire che l'ipoteca testamentaria non esige che la sola volontà del testatore, perchè il legatario deve accettare il legato. Inoltre, non si può confrontare un'ipoteca che non esige l'intervento delle parti interessate con una ipoteca la quale non esiste se non perchè l'una delle parti la stipula e l'altra la consente. Lo stesso scrittore riferisce poi l'opinione di Dalloz e di Martou, i quali si contentano d'una accettazione tacita e dice che è del loro avviso. Noi non sappiamo come conciliare queste diverse opinioni. Se occorre un'accettazione tacita, non è esatto affermare che l'ipoteca risulta dalla sola volontà del debitore, perchè anche un'accettazione tacita è una manifestazione di consenso. E se il creditore consente, vi è concorso di volontà, quindi contratto e non atto unilaterale.

Martou incomincia a dire che « la concessione d'una ipoteca è, da parte del debitore, una *obbligazione unilaterale*, la cui va-

---

(1) CLOES, *Commentario*, t. III, p. 45, n. 70 e 71.

lidità non è subordinata nè alla presenza del creditore all'atto, nè ad una ulteriore accettazione da parte sua ». Confessiamo di non comprendere che cosa sia una *obbligazione unilaterale*. Ogni obbligazione è essenzialmente un vincolo giuridico fra il debitore obbligato e il creditore a vantaggio del quale l'obbligazione vien creata. Come dunque vi sarebbe un'obbligazione da parte del solo debitore? Martou soggiunge che il creditore manifesta sufficientemente la sua accettazione coll' iscrizione dell'ipoteca (1). Che intende dire? L'accettazione del creditore è, o no, necessaria perchè l'ipoteca esista? Se sì, l'ipoteca è un contratto che esige il concorso di volontà; eppure Martou combatte l'idea che, per la costituzione dell'ipoteca, sia indispensabile il concorso di due volontà. Se no, l'ipoteca si perfeziona senza concorso di volontà, senza convenzione, e un'ipoteca convenzionale senza convenzione è il mostro che il presidente Favre ha segnalato come un errore dei pratici.

426. Vi sono sentenze che consacrano queste mostruosità. La Corte di Lione ha pronunciato una decisione che vorremmo cancellare dalla giurisprudenza, perchè la scredita. Essa comincia a dire che, secondo la legge, una *accettazione formale* non è indispensabilmente richiesta se non per le donazioni tra vivi. Si crederebbe che, partendo da questo principio, la Corte ne induca che l' *accettazione formale* non è richiesta per la validità dell'ipoteca. Niente affatto. La Corte pone un nuovo principio, cioè che, in un contratto unilaterale, l' accettazione di colui verso il quale viene assunta l'obbligazione è inutile, poichè egli alla sua volta non si obbliga a nulla. Che cosa avrebbe detto il presidente Favre se avesse trovato una simile enormità nel decreto d'un parlamento? Ma come? Vi sono contratti senza concorso di consenso, quando il contratto, qualunque esso sia, non è altro che un concorso di volontà? La sentenza contiene poi una proposizione inintelligibile: « In materia d'ipoteche, la posizione dei contraenti non cambia ». Indi la Corte soggiunge: « Al contrario non potrebbe essere così nel caso in cui il contratto fosse sinallagmatico, perchè, in tal specie di contratti, il concorso delle due volontà è necessario per formarlo e renderlo perfetto ». Quest'ultima proposizione è la sola che comprendiamo. Essa completa l'errore in cui versa la Corte sopra una cosa del tutto elementare, la definizione del contratto. La Corte ha senza dubbio preso alla lettera ciò che dice l'articolo 1108, secondo il quale si potrebbe credere che il consenso non sia richiesto se non da parte di colui che s'obbliga. Ma chi non sa che questa disposizione è mal redatta? Infine la Corte afferma che « le condizioni richieste per la validità d'un vincolo ipotecario convenzionale sono determinate dall'articolo 2129 (legge ip. art. 78), e

(1) MARTOU, *Commentario*, t. III, p. 87, vol. 982 *ter*.

che fra queste condizioni non si trova quella dell'accettazione (1) ». Basta leggere l'articolo 2129 per convincersi che la Corte s'inganna. Questo articolo non determina le condizioni richieste per la validità dell'ipoteca convenzionale; esso non riguarda che una di queste condizioni, la specialità dei beni. Vi è un altro articolo relativo alla specialità del credito (art. 2132, legge ip. art. 80), ve ne è un terzo che regola la forma dell'ipoteca convenzionale (art. 2127, legge ip. art. 96), e ve ne è un quarto che la Corte dimentica completamente, quello che definisce l'ipoteca convenzionale (art. 2117, legge ip. art. 44).

La Corte di cassazione ha pronunciato, in questa materia, una sentenza che venne erroneamente interpretata. Forse perchè è redatta male? Il ricorso sosteneva, come noi pure sostenemmo, che in ogni contratto, anche unilaterale, sono necessarie due volontà per costituire l'obbligazione, quella del debitore e quella del creditore. Che risponde la Corte? « Il riconoscimento puro e semplice d'un debito, *con vincolo ipotecario,* può costituire un'*obbligazione unilaterale* ed essere fatto regolarmente dal *solo debitore* ». Questa proposizione isolata è il riassunto di tutti gli errori che abbiamo rimproverato alla Corte di Lione. Non è vero che un'*obbligazione unilaterale*, vale a dire una convenzione unilaterale, possa risultare dalla sola volontà del debitore. Non è vero che il *vincolo ipotecario*, vale a dire l'ipoteca convenzionale, possa mai essere valido per la sola volontà di colui che la consente. In realtà, come osserva il compilatore, non è questo che la Corte di cassazione ha voluto dire. La questione non cadeva sull'accettazione, ma sul punto di sapere se fosse necessaria un'accettazione autentica. Ritorneremo su tale quistione, la sola che la Corte ha deciso (2). È lo stesso d'una recente sentenza della Corte di Chambery, essa pure mal redatta. La Corte comincia parimente col dire che « la stipulazione di un'ipoteca è un *atto unilaterale,* per cui basta l'intervento di colui che l'accorda ». Ecco l'errore. Viene poi la spiegazione che l'accettazione può risultare anche tacitamente da atti posteriori (3). Dal momento che occorre un'accettazione del creditore, è inesatto il dire che basta l'intervento del debitore. Esamineremo più avanti se sia vero che basti l'accettazione tacita.

427. Nella giurisprudenza francese, ci è nota una sola sentenza che abbia stabilito chiaramente il vero principio, il quale è tanto evidente che meraviglia assai di vederlo disconosciuto. « Non può esistere contratto senza convenzione, dice la Corte di Tolosa, e non può esistere convenzione senza il concorso

---

(1) Lione, 9 maggio 1837 (DALLOZ, alla voce *Privilèges et Hypothèques*, numero 1269, 1°).

(2) Rigetto, 5 agosto 1839 (DALLOZ, alla voce *Privilèges et Hypothèques*, numero 1260).

(3) Chambery, 20 gennaio 1872 (DALLOZ, 1873, 2, 146).

delle volontà delle parti interessate. » Ora nell'atto in controversia, il debitore dichiarava di accordare l'ipoteca al creditore senza che questi avesse accettato l'atto. Nessuno si era nemmeno fatto garante della sua accettazione; il notaio aveva accettato pel creditore, e questa accettazione, come diremo più avanti, è inefficace (1).

Anche la giurisprudenza delle Corti del Belgio ha le sue incertezze e le sue contraddizioni. Importa segnalarle, come faremo, perchè l'autorità delle sentenze è ben maggiore di quella degli scrittori. Si discute la dottrina, si accetta la giurisprudenza. È un' autorità usurpata che l'ignoranza ha stabilito e che l'ignoranza perpetua, perchè torna molto più comodo citare sentenze che addurre ragioni. Eppure le sentenze non hanno che un'autorità di ragione. Tanto valgono i motivi, tanto vale la sentenza. Poichè s'invocano le sentenze come se fossero leggi, convien controllare questa autorità che minaccia di sostituirsi alla legge. Questo lavoro lungo e penoso è appunto la causa che fa aumentare così smisuratamente il numero dei volumi che contavamo di dedicare ai principii del diritto civile. Tuttavia non ce ne dogliamo, poichè lo studio della giurisprudenza è divenuto altrettanto necessario quanto quello delle leggi.

La nostra Corte di cassazione ha consacrato i veri principii in termini irreprensibili. « In ogni contratto d'ipoteca, dice la sentenza, il vincolo giuridico non può formarsi che col concorso di due volontà, della volontà di chi vincola un immobile al soddisfacimento d'una obbligazione e di quella di colui il quale, accettando questo vincolo, acquista il diritto ipotecario; donde segue che il contratto resta imperfetto fino a che non si sia manifestata la volontà del creditore » (2).

La giurisprudenza delle nostri Corti d'appello è ben lontana da questa precisione. Ritorneremo sull'argomento esaminando le difficoltà che si sono presentate nell'applicazione della legge. Innanzi tutto, bisogna stabilire il secondo elemento del nostro principio. Che l'ipoteca convenzionale non esista se non in forza d'una convenzione, par difficile negare. Abbiamo soggiunto che tale convenzione è un contratto solenne. Questo secondo punto non ha la stessa evidenza. Cercheremo di stabilirla.

428. La distinzione dei contratti solenni e non solenni, quantunque non sia formulata dalla legge, è ammessa dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Tuttavia le difficoltà e le controversie non mancano quando si tratta di dedurre le conseguenze del principio. La donazione è un contratto solenne; il che vuol dire che è richiesta la forma autentica per l'esistenza medesima del contratto. La donazione viziata nella forma non ha esistenza legale, è il nulla. Accade lo stesso del contratto di matrimonio? Qui comincia già l'incertezza. Secondo la nostra opinione, anche le

---

(1) Tolosa 31 luglio 1830 (DALLOZ alla voce *Privilèges et Hypothèques*, n. 1261).
(2) Cassazione 29 maggio 1863 (*Pasicrisie*, 1863, 1, 212).

convenzioni matrimoniali sono un contratto solenne. Rimandiamo a quanto si è detto al titolo che è la sede della materia (v. XXI; n. 44). Quanto all'ipoteca convenzionale, cessa l'accordo. Gli autori non discutono la questione, ma siccome non ammettono le conseguenze che derivano dalla solennità, si può dire che respingono il principio. La giurisprudenza è divisa al punto che lascia incerta la questione di sapere se l'ipoteca convenzionale proceda da un contratto.

Noi crediamo che l'ipoteca convenzionale sia un contratto solenne per la ragione per cui si attribuisce questo carattere alla donazione ed al contratto di matrimonio. I testi sono concepiti presso a poco negli stessi termini, in ogni caso secondo lo stesso spirito. Giusta l'articolo 931, « ogni atto importante donazione sarà stipulato avanti notaio ». L'art. 1394 stabilisce che « le convenzioni matrimoniali saranno stese con atto notarile ». Quanto alle ipoteche, la legge contiene due disposizioni. Anzitutto l'art. 44 (codice civile, art. 2117), che definisce l'ipoteca convenzionale quella che dipende dalle *convenzioni* e dalla *forma estrinseca* degli atti e dei contratti. Questo testo ne sembra decisivo. La legge non si contenta di dire che l'ipoteca dipende dalle convenzioni, il che significa che senza convenzione non vi ha ipoteca, ma soggiunge che l'ipoteca convenzionale dipende anche dalla *forma estrinseca degli atti e dei contratti,* il che deve avere lo stesso significato, cioè che, senza queste forme esteriori non vi ha ipoteca; donde la conseguenza che le forme sono della sostanza del contratto. Dopo ciò l'art. 76 (codice civile art. 2127) dispone che l'ipoteca convenzionale non può essere *consentita* che con *atto autentico*. Così il *consenso* deve manifestarsi *nella forma autentica*. Ora, tale è precisamente il carattere dei contratti solenni, cioè che il consenso non esiste che quando è stato dato in certe forme: se queste forme non sono state osservate, non vi ha consenso e senza consenso non vi ha contratto.

Lo spirito della legge conduce alla stessa conseguenza. In qual senso la legge esige un atto autentico per la donazione, il contratto di matrimonio e l'ipoteca? Per la prova di tali contratti? No. Su questo punto tutti sono d'accordo. Quand'anche fosse certo che vi è stata donazione, contratto di matrimonio e ipoteca, questi contratti sarebbero tuttavia inesistenti se non fossero constatati con atto autentico. L'atto notarile non è richiesto per la prova, esso è dunque prescritto per l'esistenza del contratto, il che è quanto dire che il contratto è solenne.

429. Quello che potrebbe lasciar dubbio si è che manca l'accordo sui motivi pei quali la legge esige l'autenticità del contratto d'ipoteca. Secondo la nostra consuetudine, dice Domat, le convenzioni non fanno sorgere l'ipoteca, quand'anche vi fosse espressa, se non sono stipulate avanti notajo, perchè, senza questa forma, sarebbe facile ai debitori che volessero frodare i loro creditori

dare agli ultimi antiche ipoteche con antidate (1). Questo motivo era già insufficiente nell'antico diritto, giacchè per impedire l'antidata sarebbe bastato esigere la registrazione. Nel nostro diritto moderno, la spiegazione di Domat è ancora meno ammissibile poichè suppone ipoteche occulte il cui grado dipende dalla data del contratto e le nostre ipoteche sono pubbliche. Il loro grado dipendendo dall'iscrizione, non può più essere questione di antidata.

Si dà un' altra spiegazione che penetra più nel fondo delle cose. Perchè non si ammettono, in materia d'ipoteche convenzionali, gli atti aventi data certa, come si ammettono in materia di pegno? La creazione del controllo e della registrazione è posteriore alla istituzione delle ipoteche convenzionali. Queste si costituivano da prima nelle forme giudiziarie come la proprietà si trasmetteva mediante le opere di legge. La costituzione di una ipoteca era dunque una specie di sentenza. In questo ordine di idee è evidente che nessuna prova poteva sostituire l'intervento del giudice. Le opere di legge non erano una questione di prova, ma sibbene forme solenni prescritte nell'interesse dei terzi, e quindi per un interesse pubblico. Ora, queste forme attengono sempre alla sostanza dell'atto. Le opere di legge caddero in dissuetudine nella maggior parte della Francia, e furono sostituite dall'intervento dei notai. I notai erano considerati ufficiali giudiziari; i loro atti tenevan luogo della sentenza del giudice, o, per meglio dire, delle opere di legge che si compivano avanti il giudice. Di qui la conseguenza che l'atto autentico era della sostanza dell'atto (2).

Questa spiegazione può essere ammessa anche oggidì come giustificazione del principio consacrato dal codice civile e dalla nostra legge ipotecaria. Le ipoteche sono d'ordine pubblico, poichè oggetto del regime ipotecario è di garantire l'interesse dei terzi, il quale si confonde coll'interesse generale, e di procurare al proprietario il credito che la sua sostanza immobiliare deve assicurargli. L'art. 42 (codice civile art. 2115) consacra una conseguenza di tale principio e decide nel tempo stesso la nostra questione: « L'ipoteca non ha luogo che nei casi e secondo le *forme* autorizzate dalla legge ». Così le forme sono della sostanza dell'ipoteca convenzionale. Non vi ha ipoteca convenzionale senza le solennità prescritte dalla legge, come non vi ha contratto di matrimonio nè donazione senza le forme legali.

Vi sono anche altri motivi che giustificano l'intervento del notajo nella redazione dei contratti d'ipoteca. L'ipoteca convenzionale e le convenzioni matrimoniali sono gli atti ad un tempo più importanti e più difficili. Quante sono le parti contraenti le

---

(1) DOMAT, *Leggi civili*, libro III, titolo I, sez. II, art. 33.

(2) Confronta MERLIN, *Repertorio*, alla voce *Hypothèques*, sezione I, § V, n. II, (v. XIII, p. 419).

quali sanno che cosa sia la specialità dell'ipoteca? Eppure, se l'ipoteca non fu specializzata nel contratto, è nulla. Quante ipóteche sarebbero annullate se la legge avesse ammesso atti privati per stabilirle! La sostanza dei cittadini dipende dalle convenzioni ipotecarie. Era dunque necessario far intervenire uomini di legge nella stesa degli atti che stabiliscono l'ipoteca allo scopo d'illuminare le parti contraenti e di assicurare la validità delle loro convenzioni.

430. Crediamo inutile riferire i varii motivi che danno gli autori per spiegare il principio dell'autenticità (1). Bisognerebbe discuterli e rettificarli, il che condurrebbe a ripetere quello che abbiamo già detto. Basta far conoscere le ragioni che hanno indotto gli autori della legge belga a consacrare il principio della solennità dell'ipoteca. Si legge nella relazione della commissione speciale: « Gli impieghi sopra ipoteca devono presentare piena sicurezza, e, in ogni caso, la loro sorte non deve dipendere dal semplice disconoscimento d'una firma. Questo scopo non sarebbe raggiunto che a metà se l'ipoteca potesse essere consentita con atti privati ». L'interesse pubblico e le necessità del credito esigono l'autenticità per la costituzione di un'ipoteca convenzionale come per la trasmissione della proprietà immobiliare, salvo che vi ha notevole divario quanto alle conseguenze. L'ipoteca non ha effetto che a riguardo dei terzi. Dichiarare ch'essa deve essere constatata con atto autentico nell'interesse dei terzi che contrattano col proprietario è quanto dire che la sua esistenza dipende dall'autenticità mentre la vendita esiste fra le parti indipendentemente da ogni scrittura. Ecco perchè la vendita non è un contratto solenne, malgrado la necessità d'un atto autentico per effettuarne la trascrizione, mentre l'ipoteca è un contratto solenne, perchè la solennità interessa tutti coloro che la stipulano, la promettono o sono interessati a conoscerla (2).

La relazione di M. Lelièvre riassume quanto abbiamo detto e viene in appoggio della nostra dottrina: « La nuova legge non poteva esitare ad esigere un atto *pubblico* e *solenne*. L'esistenza dell'ipoteca deve essere certa. Essa non può certo abbandonarsi ai rischi d'una verificazione di scritture. D'altra parte il *credito fondiario* non permette di stabilire un ordine di cose il cui risultato inevitabile sarebbe di spandere incertezza sulla situazione ipotecaria (3).

Le relazioni delle due commissioni riguardano specialmente la disposizione che esige l'autenticità per le procure date all'effetto di costituire ipoteca. È pur questa un'opinione che noi abbiamo difesa. Di regola generale le procure possono darsi per atto privato ed anche con semplice lettera (art. 1895). Non è che

---

(1) MARTOU, vol. III, p. 85, n. 981. PONT, t. II, p. 90, n. 655. MOURLON, *Ripetizioni*, t. III, p. 606, n. 148.

(2) Relazione della commissione speciale (PARENT, p. 39).

(3) LELIÈVRE, Relazione (PARENT, p. 142).

per eccezione, e negli atti solenni, che la legge esige che le procure siano autentiche. Tale è la donazione (art. 932). L'art. 76, equiparando, sotto questo rapporto, l'ipoteca convenzionale alla donazione, decide implicitamente che l'ipoteca è un contratto solenne.

§ I. — *Solennità.*

431. L'art. 76 stabilisce che l'ipoteca convenzionale non può essere consentita fuorchè con atto autentico. È la riproduzione dell'art. 2117 del codice civile. Vi ha però una differenza fra le due disposizioni. L'art. 2127 soggiunge che l'atto deve essere steso in forma autentica avanti due notai o avanti un notajo e due testimoni, vale a dire che l'atto autentico deve essere un atto notarile. Perchè quest'ultima parte dell'art. 2127 che si trovava nel progetto è stata tolta? Non per cambiare il principio del codice Napoleone, ammettendo altri atti autentici all'infuori degli atti notarili, ma per porre l'art. 76 in armonia coll'art. 2 della legge ipotecaria. Si ammettono alla trascrizione non solo gli atti autentici, ossia notarili, ma anche gli atti riconosciuti giudizialmente o avanti notajo. Doveva accadere lo stesso degli atti contenenti stipulazione d'ipoteca. Si tratta dunque di un semplice cambiamento di redazione (1). Il principio è mantenuto. Per la validità dell'ipoteca convenzionale è necessario un atto notarile, anzi, secondo la nostra opinione, l'atto notarile è richiesto per l'esistenza dell'ipoteca (n. 428-430). Ma bisogna aggiungere che la legge assimila agli atti notarili gli atti privati che sono riconosciuti giudizialmente o avanti notajo. Rimandiamo quanto alla spiegazione dell'art. 76, a quanto si è detto sull'art. 2.

432. L'atto notarile deve essere ricevuto in minuta, o può esserlo anche in brevetto? Secondo il codice civile la questione è controversa e la soluzione dubbia. Crediamo che il motivo di dubitare sia scomparso sotto la nuova legge e che si debba decidere che l'atto ipotecario deve essere ricevuto in brevetto. La legge di ventoso sul notariato pone come regola che tutti gli atti notarili devono essere stesi in brevetto sotto pena di nullità. L'art. 20 aggiunge questa eccezione: « Non sono tuttavia compresi in questa disposizione i certificati di vita, procure... ed altri *atti semplici* che, secondo *le leggi*, possono essere rilasciati in originale ». Certo, per principio, l'ipoteca non è uno di quegli atti semplici che fanno eccezione alla regola, sibbene un atto solenne, e uno dei più importanti della vita civile. Resta a sapere se vi sia una legge che permetta di riceverli in originale. Il codice civile conteneva una disposizione da cui si è conchiuso che l'atto ipotecario poteva essere rilasciato in questa forma. A termini dell'art. 2148, il creditore che chiede l'iscrizione

---

(1) MARTOU, *Commentario*, t. III, p. 86, n. 981.

La legge esige soltanto che le note ch'egli presenta al conservatore contengano l'indicazione speciale della natura e della situazione di ciascuno degli immobili del contabile (art. 89; codice civile, art. 2153). Queste iscrizioni, anche quando fossero evidentemente eccessive, non possono essere ridotte sulla domanda del debitore, come la legge permette per l'ipoteca dei minori e delle donne maritate. Ne abbiamo già detto la ragione (n. 258).

L'articolo 48 soggiunge che questa ipoteca si estende ai beni futuri della moglie del contabile. Perchè l'ipoteca colpisce beni che non appartengono al debitore? Perchè la legge ha temuto la frode. Per sottrarre i suoi beni all'ipoteca di cui la legge li colpisce, il contabile avrebbe potuto, complice la moglie, comperarli in nome di questa. La frode è tanto facile che la legge la presume; il che dispensa il creditore dall'onere della prova, prova sempre difficile, perchè è più agevol cosa frodare che dimostrare la frode. Tuttavia non è che una presunzione che ammette la prova contraria. La moglie può provare ch'essa ha acquistato i beni sia a titolo di successione o di donazione, il che esclude ogni possibilità di frode, sia a titolo oneroso, con denari suoi propri. Questa prova, se la moglie può darla, distrugge la presunzione nell'articolo 48, perchè la legge presume che la moglie abbia acquistato i beni coi denari del marito e per conto di costui. Ne consegue che la presunzione legale non è applicabile nel caso in cui l'acquisto fosse stato fatto dalla moglie prima che il marito venisse chiamato alle funzioni di contabile.

SEZIONE IV — **Delle ipoteche convenzionali**

423. A termini dell'art. 44 (codice civile, art. 2117), « l'ipoteca convenzionale è quella che dipende dalle *convenzioni* e dalla forma estrinseca degli atti e dei contratti ». Bisogna dunque, perchè vi sia ipoteca convenzionale, che sia stabilita mediante una convenzione. Il contratto che costituisce l'ipoteca è indipendente dall'obbligazione al soddisfacimento della quale essa è vincolata. Senza dubbio, l'ipoteca convenzionale, come ogni altra ipoteca, costituisce l'accessorio di un'obbligazione principale; ma bisogna guardarsi bene dal conchiudere, come si è fatto, ch'essa si confonde con questa obbligazione, al punto da prenderne la natura. Tutto ciò che risulta dal carattere accessorio dell'ipoteca si è ch'essa non può esistere senza che si abbia un'obbligazione che è destinata a garantire.

Del resto, l'obbligazione principale può non essere convenzionale: essa può risultare da un quasi-contratto, da un delitto o da un quasi-delitto; mentre l'ipoteca convenzionale non si concepisce senza contratto. Anche quando l'obbligazione principale è convenzionale, differisce ancora dall'ipoteca stabilita mediante convenzione. Questa, secondo la definizione che la legge ne dà, dipende dalla *forma estrinseca* degli atti e dei contratti,

mentre le obbligazioni convenzionali, per la garanzia delle quali l'ipoteca è stipulata, non sono soggette ad alcuna formalità.

Trattasi ordinariamente di un prestito, contratto non solenne, come tutti quelli di cui il codice si occupa a partire dalla vendita. Perciò l'obbligazione principale può essere constatata da una scrittura privata, lo scritto non servendo che di prova. Non così del contratto accessorio. L'ipoteca convenzionale non può essere consentita che con atto autentico. Se dunque le parti vogliono redigere un solo e medesimo atto per constatare la convenzione principale e per costituire un'ipoteca, dovranno stender un atto autentico; di modo che l'accessorio domina, in questo caso, il principale. Ma esse possono anche fare le loro convenzioni con atti separati; per meglio dire, la convenzione principale non ha bisogno di essere fatta con un atto, ma l'ipoteca deve sempre essere consentita con atto notarile. L'autenticità è della sua essenza.

424. Regna nella soggetta materia tanta incertezza e, a nostro avviso, tanto errore, che siamo obbligati ad insistere su queste nozioni puramente elementari, perchè si contesta perfino il principio che abbiamo stabilito. Dobbiamo dunque provare, anzitutto, che l'ipoteca è un contratto, e, in secondo luogo, che è un contratto solenne. Il codice distingue due specie di contratti, i contratti sinallagmatici ed i contratti unilaterali; ma è dell'essenza di ogni contratto che vi sia concorso di consenso. Finchè una sola delle parti consente, vi ha semplice offerta, il che in diritto si chiama una pollicitazione. Bisogna che questa offerta sia accettata perchè si formi un contratto, e il contratto non esiste che a partire dall'accettazione. Rimandiamo a quanto si è detto, al titolo delle *Obbligazioni*, su questo punto (v. XV, n. 468-481). Tali principii sono applicabili all'ipoteca convenzionale. Essa costituisce un contratto unilaterale, poichè il solo debitore si obbliga; il creditore non contrae alcuna obbligazione. Egli stipula la garanzia reale, la condizione sotto la quale contrae; il debitore la consente. È per questo concorso che l'ipoteca si stabilisce.

I testi, i principii, la tradizione, lo spirito del codice civile e della legge ipotecaria, concorrono per confermare questo principio, che è altrettanto fondamentale quanto elementare. Secondo l'articolo 43, l'ipoteca è legale, convenzionale o testamentaria. Che cosa caratterizza queste tre specie d'ipoteche? L'ipoteca legale risulta dalla sola legge; essa non esige alcun consenso delle parti interessate. Il creditore è incapace di stipularla e incapace di rinunciarvi, e il debitore non può opporsi a che i suoi beni ne sieno colpiti. Tutto si fa senza la volontà delle parti interessate e, all'uopo, loro malgrado.

Non accade così dell'ipoteca convenzionale. Essa *dipende* dalle *convenzioni*, dice l'articolo 44 (codice civile, art. 2117). Ciò significa chiaramente che, senza convenzione, non potrebbe esservi ipoteca convenzionale. La parola stessa lo dice. Ora, non vi ha convenzione senza concorso di consenso. Non basta che

il debitore consenta a gravare il suo immobile d'una ipoteca: bisogna che il creditore, alla sua volta, consenta perchè il contratto si formi. Se il creditore non è presente all'atto col quale il debitore costituisce l'ipoteca, deve accettare, ed è soltanto in seguito a questa accettazione che il contratto si perfeziona e l'ipoteca esiste.

Ecco il testo. Che cosa dicono i principii? L'ipoteca è uno smembramento della proprietà, un'alienazione parziale. Perchè la proprietà sia smembrata, bisogna che vi sia un creditore a vantaggio del quale il debitore consente ad alienare una parte del suo diritto di proprietà, ed occorre inoltre che il debitore accetti questa parziale trasmissione di proprietà. Si concepisce che la piena proprietà sia trasferita senza il consenso di colui che trasmette la cosa e di colui che l'acquista? Non si comprende maggiormente che sia trasferita una frazione della proprietà senza che il creditore l'acquisti. E può egli acquistare senza consentire? Finchè non ha consentito, non vi è che una offerta, una pollicitazione. Il debitore che l'ha fatta potrebbe sempre ritirarla, poichè senza l'accettazione non vi ha alcun vincolo fra lui e il creditore. Non è questa la posizione delle parti quando il debitore costituisce un'ipoteca? Il creditore non contratta che sotto questa condizione; il debitore si obbliga a procurare tale sicurtà al creditore. Questi deve accettarla, e, accettandola, vincola il debitore, il quale non può più far nulla che leda il diritto che il creditore ha acquistato. Se, per fatto proprio, diminuisce le garanzie che, *col contratto*, ha date al suo creditore, perde il beneficio del termine. È quello che dice l'articolo 1188. Questa disposizione prova ad un tempo che l'ipoteca è una sicurtà contrattuale e che il contratto genera una obbligazione a carico del debitore ed un diritto a vantaggio del creditore. Come potrebbe ciò farsi senza concorso di volontà?

Tali sono i principii. Sentiamo ora la tradizione. Nell'antico diritto, si attribuiva l'ipoteca ad ogni contratto stipulato in forma autentica avanti notaio. L'ipoteca si confondeva colla obbligazione principale; donde risultava ch'essa era essenzialmente convenzionale. Senza concorso di consenso non vi era convenzione principale, e quindi non ipoteca. Secondo la teoria tradizionale, la questione che discutiamo non avrebbe potuto nemmeno presentarsi. Vi erano soltanto alcune consuetudini, le consuetudini di pegno, che consideravano l'ipoteca come un contratto distinto. Ora, la nostra legge ipotecaria procede da quelle consuetudini. Importa dunque ricordare come si costituiva l'ipoteca nel nostro antico diritto. L'abbiamo già detto. Si seguivano, per l'ipoteca convenzionale, le condizioni e le forme che la tradizione aveva consacrate per la trasmissione della proprietà immobiliare, ossia il debitore si spogliava del diritto di cui investiva il creditore, donde le formalità delle *dessaisine* e delle *saisine* (1). È l'espressione esatta dei principii che abbiamo esposto.

(1) MERLIN, *Repertorio*, alla voce *Hypothèques*, § I (v. XIII, p. 411).

Il debitore che costituisce un'ipoteca, aliena una parte del suo diritto di proprietà, e quindi se ne *spoglia* (*dessaisit*). Basta questo perchè l'ipoteca esista a vantaggio del creditore? No, come la *dessaisine* del venditore non basta perchè la proprietà sia trasmessa al compratore. Occorre inoltre che il creditore sia *investito* (*saisi*) del diritto di cui il debitore si spoglia in di lui favore, come occorre la *saisine* perchè il compratore acquisti la proprietà di cui il venditore si spoglia a suo vantaggio. Così consenso del debitore e consenso del creditore; ecco le condizioni richieste dalle consuetudini di pegno perchè vi sia ipoteca convenzionale.

Però, già nell'antico diritto, i pratici avevano immaginato una costituzione d'ipoteca che si effettuava colla sola volontà del debitore, o per meglio dire, senza concorso di volontà. Il presidente Favre, l'implacabile avversario dei pratici, diceva essere cosa mostruosa, vale a dire supremamente assurda, l'affermare che un'ipoteca convenzionale potesse esistere indipendentemente da una convenzione (1).

Gli autori del codice civile avrebbero forse consacrato una simile enormità? Il testo dell'articolo 2117 (legge ip. art. 44) sembra concepito apposta per ripudiare l'errore che il presidente Favre aveva stigmatizzato. Se, come dice la legge, l'ipoteca convenzionale *dipende dalle convenzioni*, come potrebbe esistere senza una convenzione? Udiamo l'oratore del Governo. Ecco come egli spiega nell'Esposizione dei motivi, la definizione dell'articolo 2117: « *Due persone* che *contrattano* si *danno rispettivamente sicurtà*, in un atto autentico, per garanzia delle loro convenzioni. Ecco l'ipoteca convenzionale » (2). *Si danno rispettivamente*: ciò significa appunto che il creditore stipula la garanzia e che il debitore la promette. Dunque l'ipoteca non esiste che pel concorso di *entrambe le parti* che *contrattano*.

Sotto l'impero del codice, vi era controversia, come spiegheremo, sul punto di sapere se l'ipoteca fosse valida quando il mutuatario compariva da solo avanti il notaio per dichiarare che aveva ricevuto una somma a titolo di mutuo, e che sottoponeva il tal fondo ad ipoteca per garanzia della propria obbligazione. La commissione speciale che ha preparato il progetto di legge esamina la questione nella sua relazione, e decide che l'ipoteca così stabilita sarebbe nulla. Infatti, essa dice, l'ipoteca deve essere costituita con atto autentico, e, come atto costitutivo d'ipoteca, l'atto non può avere esistenza che mediante l'accettazione, constatata autenticamente, del creditore. La commissione soggiunge che la legge riconosce soltanto le ipoteche legali, testamentarie e convenzionali, ma ignora affatto una quarta classe d'ipoteche volontarie da parte del solo debitore (3). È vero. Un'ipoteca con-

(1) FABER, *De erroribus pragmaticorum*, decad. I, error. I.
(2) TREILHARD, Esposizione dei motivi, n. 10 (LOCRÉ, t. VIII, p. 241.
(3) Relazione della commissione speciale (PARENT, p. 39).

sentita dal solo debitore non può essere chiamata convenzionale senza mostruosità, come dice il presidente Favre. Sarebbe dunque un'ipoteca diversa dall'ipoteca convenzionale; e dov'è il testo che consacra questa specie d'ipoteca? Vi sarebbe dunque un'ipoteca che la legge non conosce! Ecco quanto può, a giusto titolo, chiamarsi una nuova mostruosità.

425. Tuttavia l'errore che il presidente Favre chiamava mostruoso si è perpetuato. Lo si insegna e lo ammette anche la giurisprudenza. Uno dei commentatori della nostra legge ipotecaria dichiara di non essere convinto dall'argomento della commissione speciale che abbiamo citato. Dal fatto che la legge non riconosce che tre specie d'ipoteche non si può conchiudere, egli dice, che quella resultante dalla volontà unilaterale del debitore non sia un'ipoteca convenzionale, poichè l'atto di costituzione d'una ipoteca può bene essere semplicemente unilaterale e non richiede il *duorum in unum placitum consensus*. Ciò vuol dir forse che l'ipoteca costituita dal solo debitore sia una convenzione unilaterale, e non esiga, per conseguenza, il concorso delle volontà del debitore e del creditore? Se tale è il concetto dello scrittore, egli s'inganna certamente, perchè il concorso di volontà è necessario per qualunque contratto. Accade così della donazione, contratto unilaterale, ciò che non toglie che essa non esista se non dopo l'accettazione del donatario, la quale deve per di più essere notificata al donante. L'autore che combattiamo soggiunge che la legge belga riconosce l'ipoteca testamentaria, la quale risulta dalla sola volontà del testatore. Essa ha dunque, egli dice, potuto ammettere anche un'ipoteca stabilita unicamente dalla volontà dei debitori. L'ipoteca è convenzionale nel senso che occorre la volontà del debitore per costituirla, in opposizione all'ipoteca legale, che esiste indipendente dalla volontà del debitore (1). Questo confronto non ci pare troppo concludente. Innanzi tutto non è esatto il dire che l'ipoteca testamentaria non esige che la sola volontà del testatore, perchè il legatario deve accettare il legato. Inoltre, non si può confrontare un'ipoteca che non esige l'intervento delle parti interessate con una ipoteca la quale non esiste se non perchè l'una delle parti la stipula e l'altra la consente. Lo stesso scrittore riferisce poi l'opinione di Dalloz e di Martou, i quali si contentano d'una accettazione tacita e dice che è del loro avviso. Noi non sappiamo come conciliare queste diverse opinioni. Se occorre un'accettazione tacita, non è esatto affermare che l'ipoteca risulta dalla sola volontà del debitore, perchè anche un'accettazione tacita è una manifestazione di consenso. E se il creditore consente, vi è concorso di volontà, quindi contratto e non atto unilaterale.

Martou incomincia a dire che « la concessione d'una ipoteca è, da parte del debitore, una *obbligazione unilaterale*, la cui va-

(1) Cloes, *Commentario*, t. III, p. 45, n. 70 e 71.

lidità non è subordinata nè alla presenza del creditore all'atto, nè ad una ulteriore accettazione da parte sua ». Confessiamo di non comprendere che cosa sia una *obbligazione unilaterale*. Ogni obbligazione è essenzialmente un vincolo giuridico fra il debitore obbligato e il creditore a vantaggio del quale l'obbligazione vien creata. Come dunque vi sarebbe un'obbligazione da parte del solo debitore? Martou soggiunge che il creditore manifesta sufficientemente la sua accettazione coll' iscrizione dell'ipoteca (1). Che intende dire? L'accettazione del creditore è, o no, necessaria perchè l'ipoteca esista? Se sì, l'ipoteca è un contratto che esige il concorso di volontà; eppure Martou combatte l'idea che, per la costituzione dell'ipoteca, sia indispensabile il concorso di due volontà. Se no, l'ipoteca si perfeziona senza concorso di volontà, senza convenzione, e un'ipoteca convenzionale senza convenzione è il mostro che il presidente Favre ha segnalato come un errore dei pratici.

426. Vi sono sentenze che consacrano queste mostruosità. La Corte di Lione ha pronunciato una decisione che vorremmo cancellare dalla giurisprudenza, perchè la scredita. Essa comincia a dire che, secondo la legge, una *accettazione formale* non è indispensabilmente richiesta se non per le donazioni tra vivi. Si crederebbe che, partendo da questo principio, la Corte ne induca che l' *accettazione formale* non è richiesta per la validità dell'ipoteca. Niente affatto. La Corte pone un nuovo principio, cioè che, in un contratto unilaterale, l' accettazione di colui verso il quale viene assunta l'obbligazione è inutile, poichè egli alla sua volta non si obbliga a nulla. Che cosa avrebbe detto il presidente Favre se avesse trovato una simile enormità nel decreto d'un parlamento? Ma come? Vi sono contratti senza concorso di consenso, quando il contratto, qualunque esso sia, non è altro che un concorso di volontà? La sentenza contiene poi una proposizione inintelligibile: « In materia d'ipoteche, la posizione dei contraenti non cambia ». Indi la Corte soggiunge: « Al contrario non potrebbe essere così nel caso in cui il contratto fosse sinallagmatico, perchè, in tal specie di contratti, il concorso delle due volontà è necessario per formarlo e renderlo perfetto ». Quest'ultima proposizione è la sola che comprendiamo. Essa completa l'errore in cui versa la Corte sopra una cosa del tutto elementare, la definizione del contratto. La Corte ha senza dubbio preso alla lettera ciò che dice l'articolo 1108, secondo il quale si potrebbe credere che il consenso non sia richiesto se non da parte di colui che s'obbliga. Ma chi non sa che questa disposizione è mal redatta? Infine la Corte afferma che « le condizioni richieste per la validità d'un vincolo ipotecario convenzionale sono determinate dall'articolo 2129 (legge ip. art. 78), e

---

(1) MARTOU, *Commentario*, t. III, p. 87, vol. 982 *ter*.

che fra queste condizioni non si trova quella dell'accettazione (1) ». Basta leggere l'articolo 2129 per convincersi che la Corte s'inganna. Questo articolo non determina le condizioni richieste per la validità dell'ipoteca convenzionale; esso non riguarda che una di queste condizioni, la specialità dei beni. Vi è un altro articolo relativo alla specialità del credito (art. 2132, legge ip. art. 80), ve ne è un terzo che regola la forma dell'ipoteca convenzionale (art. 2127, legge ip. art. 96), e ve ne è un quarto che la Corte dimentica completamente, quello che definisce l'ipoteca convenzionale (art. 2117, legge ip. art. 44).

La Corte di cassazione ha pronunciato, in questa materia, una sentenza che venne erroneamente interpretata. Forse perchè è redatta male? Il ricorso sosteneva, come noi pure sostenemmo, che in ogni contratto, anche unilaterale, sono necessarie due volontà per costituire l'obbligazione, quella del debitore e quella del creditore. Che risponde la Corte? « Il riconoscimento puro e semplice d'un debito, *con vincolo ipotecario*, può costituire un'*obbligazione unilaterale* ed essere fatto regolarmente dal *solo debitore* ». Questa proposizione isolata è il riassunto di tutti gli errori che abbiamo rimproverato alla Corte di Lione. Non è vero che un'*obbligazione unilaterale*, vale a dire una convenzione unilaterale, possa risultare dalla sola volontà del debitore. Non è vero che il *vincolo ipotecario*, vale a dire l'ipoteca convenzionale, possa mai essere valido per la sola volontà di colui che la consente. In realtà, come osserva il compilatore, non è questo che la Corte di cassazione ha voluto dire. La questione non cadeva sull'accettazione, ma sul punto di sapere se fosse necessaria un'accettazione autentica. Ritorneremo su tale quistione, la sola che la Corte ha deciso (2). È lo stesso d'una recente sentenza della Corte di Chambery, essa pure mal redatta. La Corte comincia parimente col dire che « la stipulazione di un'ipoteca è un *atto unilaterale*, per cui basta l'intervento di colui che l'accorda ». Ecco l'errore. Viene poi la spiegazione che l'accettazione può risultare anche tacitamente da atti posteriori (3). Dal momento che occorre un'accettazione del creditore, è inesatto il dire che basta l'intervento del debitore. Esamineremo più avanti se sia vero che basti l'accettazione tacita.

427. Nella giurisprudenza francese, ci è nota una sola sentenza che abbia stabilito chiaramente il vero principio, il quale è tanto evidente che meraviglia assai di vederlo disconosciuto. « Non può esistere contratto senza convenzione, dice la Corte di Tolosa, e non può esistere convenzione senza il concorso

---

(1) Lione, 9 maggio 1837 (Dalloz, alla voce *Privilèges et Hypothèques*, numero 1269, 1°).

(2) Rigetto, 5 agosto 1839 (Dalloz, alla voce *Privilèges et Hypothèques*, numero 1260).

(3) Chambery, 20 gennaio 1872 (Dalloz, 1873, 2, 146).

delle volontà delle parti interessate. » Ora nell'atto in controversia, il debitore dichiarava di accordare l'ipoteca al creditore senza che questi avesse accettato l'atto. Nessuno si era nemmeno fatto garante della sua accettazione; il notaio aveva accettato pel creditore, e questa accettazione, come diremo più avanti, è inefficace (1).

Anche la giurisprudenza delle Corti del Belgio ha le sue incertezze e le sue contraddizioni. Importa segnalarle, come faremo, perchè l'autorità delle sentenze è ben maggiore di quella degli scrittori. Si discute la dottrina, si accetta la giurisprudenza. È un'autorità usurpata che l'ignoranza ha stabilito e che l'ignoranza perpetua, perchè torna molto più comodo citare sentenze che addurre ragioni. Eppure le sentenze non hanno che un'autorità di ragione. Tanto valgono i motivi, tanto vale la sentenza. Poichè s'invocano le sentenze come se fossero leggi, convien controllare questa autorità che minaccia di sostituirsi alla legge. Questo lavoro lungo e penoso è appunto la causa che fa aumentare così smisuratamente il numero dei volumi che contavamo di dedicare ai principii del diritto civile. Tuttavia non ce ne dogliamo, poichè lo studio della giurisprudenza è divenuto altrettanto necessario quanto quello delle leggi.

La nostra Corte di cassazione ha consacrato i veri principii in termini irreprensibili. « In ogni contratto d'ipoteca, dice la sentenza, il vincolo giuridico non può formarsi che col concorso di due volontà, della volontà di chi vincola un immobile al soddisfacimento d'una obbligazione e di quella di colui il quale, accettando questo vincolo, acquista il diritto ipotecario; donde segue che il contratto resta imperfetto fino a che non si sia manifestata la volontà del creditore » (2).

La giurisprudenza delle nostri Corti d'appello è ben lontana da questa precisione. Ritorneremo sull'argomento esaminando le difficoltà che si sono presentate nell'applicazione della legge. Innanzi tutto, bisogna stabilire il secondo elemento del nostro principio. Che l'ipoteca convenzionale non esista se non in forza d'una convenzione, par difficile negare. Abbiamo soggiunto che tale convenzione è un contratto solenne. Questo secondo punto non ha la stessa evidenza. Cercheremo di stabilirla.

428. La distinzione dei contratti solenni e non solenni, quantunque non sia formulata dalla legge, è ammessa dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Tuttavia le difficoltà e le controversie non mancano quando si tratta di dedurre le conseguenze del principio. La donazione è un contratto solenne; il che vuol dire che è richiesta la forma autentica per l'esistenza medesima del contratto. La donazione viziata nella forma non ha esistenza legale, è il nulla. Accade lo stesso del contratto di matrimonio? Qui comincia già l'incertezza. Secondo la nostra opinione, anche le

---

(1) Tolosa 31 luglio 1830 (DALLOZ alla voce *Priviléges et Hypothéques*, n. 1261).
(2) Cassazione 29 maggio 1863 (*Pasicrisie*, 1863, 1, 212).

tuire un'obbligazione naturale ed essere regolarmente fatto dal solo debitore. Abbiamo già censurato questo preteso principio. Che cosa importa che il vincolo ipotecario sia un'obbligazione unilaterale? I contratti unilaterali non esigono forse il concorso di volontà d'entrambe le parti interessate? La Corte soggiunge che nessuna disposizione della legge obbliga il creditore in favore del quale è stato fatto il riconoscimento con ipoteca e che vuole profittarne ad accettarne l'effetto con un atto notarile. Ecco la vera difficoltà. La Corte riconosce implicitamente che il creditore deve accettare se vuol profittare dell'ipoteca. Era meglio dire, come ha fatto la nostra Corte di cassazione, che il contratto ipotecario non si forma che col concorso di consenso del debitore e del creditore. L'accettazione del creditore deve farsi con atto autentico? Ecco la questione. Non vi ha alcuna legge, dice la Corte, che lo esiga. « L'articolo 2127 (legge ip. art. 76), invocato dal ricorso, è muto a questo riguardo ». Noi rispondiamo che questo articolo non deve essere isolato dall'articolo 2117 (legge ip., art. 44). La definizione dell'ipoteca convenzionale prova che il contratto che la costituisce è un contratto solenne. L'articolo 2127 (legge ip., art. 76) dice in che consiste la solennità. L'ipoteca non può essere consentita che con atto autentico, vale a dire che è necessaria la forma autentica, perhè vi sia un'ipoteca, poichè, a termini dell'articolo 2117, l'ipoteca convenzionale *dipende* dalla *forma* degli atti. Ora, se l'ipoteca è un contratto solenne, il consenso del creditore deve essere autentico al pari di quello del debitore. È precisamente ciò che dice l'articolo 932 per un altro contratto solenne, la donazione. La Corte suprema lo esclude dicendo che questa disposizione non si applica che alla donazione tra vivi (1). Il testo sì, ma il principio che il testo consacra si estende a tutti i contratti solenni. Il principio è elementare, ed è che, in questi contratti, il consenso non esiste se non quando sia espresso nella forma autentica.

La giurisprudenza della Corte d'appello è conforme alla sentenza che abbiamo riportata. La decisione della Corte di Tolosa che pure citammo è rimasta isolata (n. 426). Si ammette generalmente che l'accettazione del creditore può essere tacita, e questo consenso tacito s'induce dall'inscrizione che il creditore chiede all'ufficio di conservatoria. Ecco la strana conseguenza che la Corte di Parigi deduce da questi principii. Nella specie, l'inscrizione era stata presa da un terzo. Poco importa, dice la Corte; si deve ritenere che il terzo abbia agito in nome dei beneficiarii dell'ipoteca come *negotiorum gestor*. Così basta che l'ipoteca sia inscritta senza il consenso del creditore perchè si ritenga che questi ha consentito. Che direbbe il presidente Favre d'una simile dottrina? Griderebbe certo alla mostruosità. La Corte soggiunge che l'atto del terzo anzichè esser stato sconfessato,

---

(1) Rigetto, 5 agosto 1839 (DALLOZ, alla voce *Privilèges et hypothèques*, n. 1260.

fu ratificato dal fatto che il creditore si è presentato alla graduatoria (1). Ecco una nuova difficoltà. La ratifica retroagisce, nella specie? La Corte non risponde alla domanda. Ritorneremo sull'argomento.

443. Le Corti del Belgio si sono pronunciate nello stesso senso. Vi hanno parecchie sentenze della Corte di Liegi sulla nostra questione, anteriori alla pronunzia della Corte suprema. La prima disconosce le nozioni più elementari di diritto. Si trattava del riconoscimento d'un prestito anteriore con vincolo ipotecario. « L'atto, dice la sentenza, non constata dunque, fra due persone presenti, la proposta e l'accettazione d'un prestito attuale che possa presentare l'*apparenza d'un contratto sinallagmatico* e richiedere per la sua formazione, secondo le circostanze e la natura delle stipulazioni, il concorso simultaneo della volontà delle due parti ». Che vuol dir ciò? È forza domandarselo perchè la redazione è così cattiva che il pensiero della Corte riesce inintelligibile. Un *prestito* è forse un contratto *sinallagmatico?* Ed i *contratti sinallagmatici* esigono forse il *concorso simultaneo* del consenso delle parti? Tante proposizioni, altrettante eresie. Nella specie il contratto era unilaterale. Che cosa ne conclude la Corte? Che basta, per *stabilirne le prove*, un titolo emanato dal debitore, sia nella forma dell'articolo 1326, se lo scritto è privato, sia nella forma autentica. Si trattava d'una questione di *prova*, nella specie? L'ipoteca si prova forse con un atto privato? La forma autentica non è della sostanza dell'atto? La Corte risponde che l'ipoteca è un accessorio dell'obbligazione principale e che deve seguirne la sorte, « in quanto siano state osservate le formalità e le condizioni richieste per la sua validità ». Che cosa ha a far qui il carattere *accessorio* dell'ipoteca? L'ipoteca è un contratto solenne mentre il mutuo è un contratto non solenne. Quando si tratta della validità dell'ipoteca o della sua esistenza, bisogna dunque che siano osservate le forme, senza che si debba tener conto del contratto principale. Quali sono queste condizioni e queste forme? La Corte di Liegi cita gli articoli 2127 e 2129 (legge ip. art. 78 e 80), relativi alla specializzazione dell'ipoteca. Domandiamo di nuovo: Che cosa ha di comune la specialità colla forma dell'atto? « Se, continua la Corte, è necessaria anche l'accettazione del creditore, il legislatore non ha determinato nè il tempo nè la forma di questa accettazione ». La sentenza è così mal redatta che si domanda se, nel pensiero della Corte, l'accettazione del creditore sia necessaria o no. Non lo si sa. In ogni caso, la Corte si contenta d'una accettazione che sia certa e debitamente stabilita, e scarta l'articolo 932 siccome speciale alle donazioni. Sempre la stessa confusione. Non si tratta di *provare* l'accettazione; si tratta di sapere se

(1) Parigi, 22 aprile 1835 (DALLOZ, alla voce *Priviléges*, n. 1260, 1). La Corte di Gand dice lo stesso nella sentenza 11 luglio 1862 (*Pasicrisie*, n. 863, 212) che è stata cassata (n. 441).

la convenzione e, per conseguenza, l'accettazione siano solenni. Da ultimo la Corte dice che gli effetti dell'accettazione risalgono alla data del titolo (1). Ecco nua nuova confusione. La conferma retroagisce, salvi i diritti dei terzi, ma dove è detto che retroagisce il *consenso*, e chi ha mai pensato di sostenerlo?

Nella seconda sentenza pronunciata dalla Corte di Liegi si trattava di sapere se la procura che il creditore dà per l'accettazione deve essere autentica. La Corte si è pronunciata per la negativa, per la ragione che l'articolo 76 non esige l'autenticità della procura se non per la costituzione dell'ipoteca, vale a dire da parte di colui che la crea o la concede, e non da parte di colui che l'accetta o la riceve (2).

Si trova la stessa decisione fondata sull'identico argomento, in una sentenza della Corte di Gand (3). Le due Corti hanno ben riflesso alle strane conseguenze che risultano da questa interpretazione dell'art. 76? Se questo esige una procura autentica da parte del debitore che consente l'ipoteca, derogando alla legge che ammette il mandato per scrittura privata ed anche per lettera, ciò avviene perchè l'ipoteca è un atto solenne, e in un contratto solenne tutti gli elementi della convenzione devono essere autenticamente constatati. Vi è dunque un identico motivo per esigere l'autenticità, così pel consenso del creditore come pel consenso del debitore.

Se l'articolo 76 accenna soltanto al debitore, ciò accade perchè esso ha per oggetto di troncare una controversia. Ma è tanto vero che gli autori della legge non intendevano decidere che il consenso del creditore poteva darsi per scrittura privata che stabiliscono il principio perfettamente contrario, sul quale la nostra Corte di cassazione si è fondata per giudicare che l'accettazione del creditore doveva essere data nella forma autentica. (n. 441). Argomentando dal silenzio della legge, le Corti di Liegi e di Gand fanno dire al legislatore il contrario di ciò che esso volle: cosa questa che avviene quasi sempre in quella specie d'argomentazione che si chiama *a contrario*. Se l'argomentazione è cattiva, la conseguenza lo è ancora di più. La Corte di Liegi riconosce, nella sua seconda sentenza, che la costituzione dell'ipoteca ha un carattere *solenne*. Così il contratto sarebbe solenne a riguardo dell'una delle parti e non solenne a riguardo dell'altra! Ecco una distinzione che merita di trovar posto nel catalogo degli errori dei pratici compilato dal presidente Favre. Aggiungiamo che la distinzione è contraria al testo della legge. L'articolo 76 (codice civile, art. 2127) non deve essere isolato dall'articolo 44 (codice civile, art. 2117), di cui è la conseguenza, e l'articolo 44 dice che *l'ipoteca convenzionale dipende* dalla *forma estrinseca* degli atti e dei contratti, non già che il consenso del debitore

(1) Liegi, 19 gennaio 1856 (*Pasicrisie*, 1857, 2, 350).
(2) Liegi, 2 agosto 1862 (*Pasicrisie*, 1862, 2, 402).
(3) Gand, 11 aprile 1875 (*Pasicrisie*, 1876, 2, 44).

sia un atto solenne, mentre il consenso del creditore sarebbe un atto non solenne (1).

444. Abbiamo dovuto soffermarci sulla giurisprudenza perchè si tratta d'una questione pratica, e perchè i notai, al pari di tutti i pratici, sono disposti ad attenersi alle decisioni giudiziarie; il che è naturalissimo quando queste decisioni non fanno che dare il loro appoggio alla pratica illegale che si è introdotta coll'uso e perpetuata con una lunga tradizione. Noi consigliamo loro di attenersi al principio consacrato dalla nostra corte di cassazione. È il più giuridico, ed in ogni caso il più sicuro. La dottrina è incerta al pari della giurisprudenza. Un solo autore, conosciamo, lo Zachariae (2), il quale insegni la dottrina che abbiamo sostenuto contro la giurisprudenza delle Corti di Francia e del Belgio, appoggiandoci alla sentenza della nostra Corte suprema. I signori Aubry e Rau hanno abbandonato, su questo punto, l'opinione del giureconsulto tedesco. Essi distinguono, colla giurisprudenza, fra la costituzione ipotecaria e l'accettazione del creditore. Questa può esser fatta per scrittura privata, ed anche tacitamente. Gli editori dello Zachariae non motivano tale decisione, il che è il lato debole della loro pure eccellente opera: essi si limitano ad escludere l'articolo 932, che considerano come una disposizione eccezionale, e ne conchiudono che non potrebbe essere estesa a tutte le convenzioni per la cui validità la legge esige un atto notarile (3). Ciò non è esatto. L'articolo 932 non è eccezionale se non nel senso che è applicabile soltanto ai contratti solenni. La questione sta dunque nel sapere se l'ipoteca sia un contratto solenne. Se la si decide affermativamente, bisogna dire che l'autenticità è richiesta, non per la *validità* della ipoteca, ma per la sua *esistenza*. In ogni caso, la forma autentica è prescritta per tutti gli elementi dell'ipoteca, come prova la definizione che l'articolo 2117 (legge ip., art. 44) dà dell'ipoteca convenzionale, definizione che tanto gli autori quanto la giurisprudenza trascurano completamente. Eppure essa decide la questione. L'ultimo autore il quale abbia scritto sulla materia in Francia, il Pont, si limita a constatare lo stato della giurisprudenza (4).

445. Gl'interpreti della legge belga si sono pronunciati nello stesso senso. Martou si contenta di dire che la concessione dell'ipoteca è, da parte del debitore, un'obbligazione unilaterale, la cui validità non è subordinata, nè alla presenza del creditore all'atto, nè ad una ulteriore accettazione da parte sua; poi decide che il creditore manifesta sufficientemente la sua accettazione coll'iscrizione dell'ipoteca (5). Come mai questa

(1) Vi sono sentenze nello stesso senso (Cloes, t. III, p. 47).
(2) Zachariae, traduzione di Massé e Vergé, t. V, p. 179, nota 4, § 800.
(3) Aubry e Rau, t. III, p. 474 e seg., e nota 51, § 266.
(4) Pont. *Dei privilegi e delle ipoteche*, t. II. p. 93. n. 669.
(5) Martou, t. III. p. 87, n. 982 *ter*.

mente assennata non si avvide che la sua dottrina è in opposizione coi più elementari principii del diritto? Ma come? Si tratta d'un contratto e d'un atto solenne, e questo contratto si perfeziona senza che il creditore sia presente all'atto e senza che accetti ulteriormente? Vi sarebbe dunque un contratto senza consenso, perchè il consenso non è altro che il concorso di due volontà. Se gli è così, come mai si viene a parlare di un'accettazione tacita?

Il Cloes censura la sentenza della nostra Corte suprema. Gli pare impossibile che questa decisione sia destinata a prevalere nella giurisprudenza. Anche noi abbiamo fatto qualche riserva sui motivi della sentenza. Il Cloes ha ragione di dire che le opinioni enunciate nella relazione d'una commissione non debbono essere identificate colla legge. Ciò prova che la commissione ha avuto torto di non formulare in articolo di legge la dottrina ch'essa credeva fondata su principî incontestabili, ma non già che questi principî sieno falsi. Noi crediamo di averne dimostrata l'esattezza. Quanto obbietta l'onorevole consigliere della Corte di Liegi, nel suo commentario, ci pare estremamente debole. Dopo aver trascritto il passo della relazione che abbiamo citato (n. 441) il commentatore soggiunge che a suo avviso la soluzione della difficoltà dipende dal punto di sapere se la costituzione dell'ipoteca è un contratto sinallagmatico od un contratto unilaterale, e siccome è certo che il contratto ipotecario è unilaterale, bisognerebbe conchiudere che l'accettazione del creditore non è necessaria, e quindi non potrebbe parlarsi di un'accettazione autentica. Tuttavia l'autore non ammette le conseguenze del suo principio. Egli dovrebbe respingere ogni accettazione, e si contenta di un'accettazione tacita. Fa meraviglia il veder riprodursi incessantemente questo errore, già segnalato dal presidente Favre, anche dopo la sentenza della nostra Corte di cassazione, che stabilisce così nettamente il vero principio. E, su questo punto, è ugualmente decisiva l'autorità della commissione speciale, perchè è l'autorità del buon senso. Può esservi un'ipoteca convenzionale senza convenzione, e la convenzione non è per sua essenza un concorso di volontà? Il magistrato liegese finisce a cadere nella stessa contraddizione che abbiamo rimproverato a Martou. Dopo aver detto che non è necessaria un'accettazione del creditore, si uniforma all'opinione degli autori francesi, che si contentano d'un consenso tacito (1). Ma che cosa è dunque il consenso tacito se non un'accettazione?

L'Arntz sembra che si avvicini alla nostra opinione. Egli dice benissimo che l'ipoteca convenzionale è quella costituita dal libero consenso delle parti. Essa è retta dai principî generali sulle convenzioni, e quindi deve essere *accettata* dal creditore sia in persona, sia per mezzo di un mandatario o gerente d'affari. Come deve farsi l'accettazione? L'Arntz risponde, al pari di

(1) Cloes, t. III, p. 47, n. 72, p. 43, n. 270, p. 45, n. 71.

noi, che l'ipoteca deve essere accettata con atto autentico e che non può produrre effetto se non dopo la constatazione dell'accettazione in questa forma. Ma soggiunge che l'accettazione del creditore può farsi tacitamente coll'iscrizione (1). Riguardo a quest'ultimo punto noi ci dichiariamo dissidenti. Secondo la nostra opinione, l'accettazione nella forma autentica non è una questione di *prova*. Il contratto ipotecario è un contratto solenne; esso dipende, come dice l'articolo 44 (codice civile, art. 2117), dalla forma estrinseca degli atti. Dunque la forma è della sostanza dell'atto, e questa forma è un atto notarile. Occorre pertanto o una procura autentica o una accettazione avanti notaio. L'iscrizione, in ogni caso, non può valere come accettazione, perchè l'iscrizione suppone che l'ipoteca esiste, e conseguentemente che essa è accettata.

§ III. — *Applicazione del principio.*

446. La legge ipotecaria esige il consenso autentico del debitore che costituisce l'ipoteca, e, come conseguenza, l'autenticità della procura che il debitore dà all'effetto di costituire ipoteca. È stato giudicato, in applicazione di questa disposizione, che l'ipoteca non può essere consentita in forza della deliberazione d'una società che autorizza il gerente a contrarre un mutuo ipotecario, a meno che la deliberazione non sia constatata da un atto notarile. Nella specie, non vi era alcun dubbio, perchè l'atto sociale recava che solo l'assemblea generale degli azionisti aveva il diritto di deliberare dei mutui, e l'interdizione di assumere un mutuo importava quella di consentire un'ipoteca per garanzia del mutuo stesso. La deliberazione che autorizzava il mutuo era dunque una procura, nel senso dell'articolo 76, e, quindi, soggetta alla forma dell'autenticità (2). Possono da ciò risultare imbarazzi per le società, ma il principio non è dubbio.

447. Se l'ipoteca vien consentita in forza d'una procura per atto privato, l'atto è nullo e, per conseguenza, non vi ha ipoteca. Si domanda se il mandante potrebbe confermare l'ipoteca con un atto autentico. Secondo la nostra opinione, la negativa è certa. Essendo il contratto ipotecario un contratto solenne, l'autenticità è dell'essenza dell'atto. Se l'atto è nullo nella forma, l'ipoteca, più che nulla, è inesistente, e ciò che non esiste non si conferma. La dottrina e la giurisprudenza sono in opposto senso (3): esse non ammettono il principio della solennità dell' atto ipotecario, e, d'altra parte, le norme che governano gli atti inesistenti non sono ancora entrate nella pratica giudiziaria. Ma, pur ammettendo la conferma, si decide ch'essa non reca alcun

(1) Arntz, *Cours de droit civil français*, t. II, p. 728, n. 1789, e p. 734, n. 1807.

(2) Sentenza del tribunale di Liegi, del 9 agosto 1865, confermata in appello (Cloes, t. III, p. 48, n. 76).

(3) Martou, t. III, p. 89, n. 985. Rigetto, sezione civile, 7 febbraio 1854 (Dalloz, 1854, 1, 49).

pregiudizio alle ipoteche acquisite prima della conferma. Infatti la conferma non retroagisce in danno dei terzi (art. 1338).

448. Avviene ben di spesso che il notaio accetti pel creditore assente. È una vecchia pratica notarile, già constatata da un atto di notorietà del Châtelet di Parigi in data 8 maggio 1716. Si domanda se l'accettazione sia valida. Vi ha una questione preliminare. L'atto autentico non è viziato quando il notaio vi interviene in nome del creditore? L'affermativa ci pare certa (1). Infatti, la legge di ventoso pronuncia la nullità degli atti nei quali il notaio è ad un tempo pubblico ufficiale e parte (art. 8 e 68). Ora, il notaio che accetta pel creditore, agisce o come mandatario o come gerente d'affari. In entrambi i casi, egli è parte, perchè stipula. Si obbietta che l'intervento del notaio deve essere considerato come un atto superfluo, poichè si tratta d'una obbligazione naturale che può essere regolarmente assunta dal solo debitore (2). L'obbiezione si fonda sopra un principio che noi non ammettiamo, e che in realtà nessuno accoglie, poichè è parere unanime che debba esservi un'accettazione almeno tacita. Si fanno anche altre distinzioni per conciliare le diverse sentenze pronunciate sulla questione (3) Crediamo inutile addentrarci nella controversia. Quand'anche il notaio non intervenisse che per accettare, questo intervento vizierebbe l'atto e, per conseguenza, annullerebbe l'ipoteca.

449. Se si ammette che l'atto possa valere come autentico, anche quando il notajo accetta pel creditore assente, sorge una nuova difficoltà. L'accettazione e, per conseguenza, l'ipoteca saranno valide? La questione si presenta in altre ipotesi. Per evitare la nullità dell'atto il notajo fa intervenire il suo scrivano o un terzo. Si tratta dunque di sapere se l'accettazione fatta nell'atto, in nome del creditore, convalidi l'atto. A nostro avviso no, e la decisione non è nemmeno dubbia secondo l'opinione che abbiamo insegnata sul carattere dell'ipoteca convenzionale. Se il contratto è solenne, il consenso d'entrambe le parti deve essere espresso nella forma autentica, quindi dal creditore e dal debitore in presenza del notajo, salvo alle parti farsi rappresentare da mandatarii. Ma in questo caso, la procura deve essere autentica, senza distinguere se emana dal creditore o dal debitore.

Si insegna tuttavia il contrario. L'ipoteca, si dice, può essere validamente accettata, in nome del creditore, da un terzo che agisce senza mandato espresso (4). È una conseguenza della distinzione che fanno gli autori tra la costituzione dell'ipoteca

(1) Aubry e Rau, t. III, p. 275, e nota 52, § 266.
(2) Pont, t. II. p. 93, n. 659. Chambéry, 20 gennaio 1872 (Dalloz, 1873, 2, 146).
(3) Cloes, t. III, p. 48, n. 273 e 274. Confronta Rigetto, sezione civile, 8 agosto 1847 (Dalloz, 1847, 1, 305); Cassazione, 4 luglio 1859 (Dalloz, 1859, 1, 401).
(4) Aubry e Rau, t. III, p. 275, § 266.

da parte del debitore e la sua accettazione da parte del creditore. Il primo è un atto solenne, il secondo resta nei termini del diritto comune. A nostro avviso questa distinzione è erronea. Essa divide ciò che è essenzialmente indivisibile, la natura dell'atto, ed è contraria alla definizione che la legge dà dell'ipoteca convenzionale. L'art. 2117 (legge ip. art. 14) non dice che l'ipoteca dipende dalla forma esteriore dell'atto per quanto riguarda il *debitore;* esso dispone in termini assoluti, che l'esistenza dell'ipoteca dipende dall'osservanza delle forme legali. Quello che è vero pel debitore lo è necessariamente anche pel creditore. Vi ha una sentenza in senso contrario della Corte di Liegi. Il solo motivo ch'essa allega è l'opinione emessa dalla commissione speciale che ha preparato il progetto di legge sul regime ipotecario, fondamento poco solido, come diremo più avanti (1).

450. L'accettazione fatta da un terzo, a nome del creditore, ma senza mandato, deve essere ratificata dal creditore perchè vi sia consenso. Questa ratifica dà luogo a nuove difficoltà. Si domanda anzitutto se debba farsi nella forma autentica. Quando si tratta del debitore in nome del quale un terzo ha concesso l'ipoteca, è certo ch'egli deve ratificare con atto notarile, perchè il suo consenso è un atto solenne, ed è soltanto col ratificare ch'egli consente. Accadrà lo stesso del creditore? Secondo la nostra opinione sì, poichè l'atto è solenne tanto a suo riguardo quanto a riguardo del debitore. Secondo l'opinione contraria no, poichè il consenso del creditore resta soggetto al diritto comune.

Vi è una seconda difficoltà. Quale sarà l'effetto della ratifica? Supponiamo anzitutto che si tratti di un'ipoteca costituita in nome del debitore, da un terzo senza mandato. Il debitore ratifica con atto autentico. Questa ratifica retroagirà? Secondo la nostra opinione no, perchè l'ipoteca non esiste che pel concorso di volontà autenticamente constatato. Ora, il consenso negli atti solenni si ritiene inesistente finchè non è stato dato nella forma legale. Dunque è soltanto al momento della ratifica che il consenso del debitore esiste, e quindi non vi ha ipoteca che a partire dalla ratifica. Invano si oppone il principio che la ratifica equivale al mandato e che, per conseguenza, retroagisce. Ciò è molto dubbio, a nostro avviso, anche nei contratti non solenni (v. XXVIII, n. 74 e 75). In ogni caso, non è vero pei contratti che esistono solo quando il consenso sia stato espresso in forma autentica (2). Questa dottrina è ammessa, anche nell'opinione contraria, dai signori Aubry e Rau. Conseguenti alla loro dottrina, essi considerano la costituzione dell'ipoteca da parte del debitore come un atto solenne. Ne risulta logicamente che il consenso del debitore e, quindi, l'efficacia del contratto sono subordinati all'autenticità dell'atto col quale il debitore consente. Dunque, nella

(1) Liegi 25 gennaio 1877 (*Pasicrisie,* 1877, 2, 264).

(2) Confronta quanto si è detto sulle donazioni, v. XII, n. 241.

specie, il consenso del debitore non esiste che in forza dell'atto autentico di ratifica, il che esclude ogni retroattività, la solennità non potendo retroagire. L'opinione degli editori di Zachariae è rimasta isolata. Si ammette più generalmente che la ratifica reagisce, il che dipende dall'idea inesatta che gli autori si fanno del contratto ipotecario (1).

Quanto alla ratifica del creditore, va da sè che, secondo la nostra opinione, essa è retta assolutamente dallo stesso principio che governa quella del debitore. Il contratto ipotecario è solenne o non lo è: se è solenne, lo è per entrambe le parti contraenti. Dunque, tanto a riguardo del debitore, quanto a riguardo del creditore, l'accettazione ratificata non esiste che a partire dalla *ratifica;* donde segue che fino alla ratifica non vi ha nè consenso nè contratto. E la retroattività della ratifica non è possibile pel creditore più che pel debitore. La retroattività d'una solennità non ha senso.

451. Su quest'ultimo punto la commissione speciale ha enunziato opinione contraria. Essa ammette la validità dell'ipoteca accettata da un terzo, senza mandato, purchè vi sia ratifica, e decide così in applicazione dei principî generali che permettono di farsi garante per un terzo, e di stipulare in nome d'un terzo come gerente d'affari; ma la ratifica non avrà effetto in danno dei terzi (2). È questo il diritto comune, come si insegna generalmente, mentre, secondo l'avviso nostro, la questione deve decidersi coi principî che reggono la solennità del contratto. La commissione ci pare inconseguente: sembra ch'essa ammetta la solennità dell'atto nell'ipotesi, in cui il debitore riconosce un debito preesistente, vincolandovi un' ipoteca (n. 444) e quando si tratta della ratifica da parte del creditore d'una accettazione data senza mandato, la commissione considera il contratto ipotecario come un contratto ordinario, soggetto in tutto alla legge comune. Ecco il pericolo delle opinioni emesse in una relazione senza che siano formulate in un testo di legge. Non si discutono; esse restano nel vuoto, e non si sa, in sostanza, qual sia il principio che il legislatore ha inteso di consacrare.

---

(1) AUBRY e RAU, t. III, pag. 262, nota 6, § 266. In senso contrario, PONT, t. V, p. 60, n. 626, e la giurisprudenza citata in nota. Bisogna aggiungere una sentenza di cassazione del 13 dicembre 1875 (DALLOZ, 1876, 1. 97). La Corte pone il principio che l'ipoteca è validamente costituita e in applicazione del principio della retroattività della ratifica all'atto ratificato, l'iscrizione presa in forza dell'atto ipotecario produce effetto dal giorno della sua data, a riguardo dei creditori che non avevano presa iscrizione valida prima della ratifica. Noi crediamo che la Corte di Besançon abbia giudicato meglio decidendo che l'ipoteca consentita senza mandato non esiste che al momento della ratifica; che è dunque la ratifica quella che dà all'ipoteca la sua esistenza legale. La Corte ne conchiude ch'essa deve farsi con atto autentico e che deve essere iscritta per prender grado a partire dall'iscrizione. Soltanto la Corte avrebbe dovuto fondare la sua decisione sul carattere solenne dell'ipoteca, e contestare il principio tradizionale della retroattività della ratifica.

(2) Relazione della commissione speciale (PARENT, p. 39).

452. Facciamo le nostre riserve circa un'altra opinione emessa dalla commissione speciale. Essa suppone che l'ipoteca sia stipulata accessoriamente ad un contratto di mutuo, e decide che, in questo caso, l'ipoteca esiste dal momento che l'azione è nata, prima della ratifica che il creditore facesse del contratto, mentre, se l'ipoteca è stipulata posteriormente al mutuo, l'ipoteca non esisterà che a partire dalla ratifica. La commissione applica questo principio ai contratti di mutuo stipulati con costituzione d'ipoteca, nei quali i notai fanno intervenire un commesso per dichiarare che i fondi mutuati appartengono ad un terzo, in nome del quale egli li dà a mutuo e stipula l'ipoteca. Questa ipoteca, dice la commissione, può essere immediatamente iscritta, e prende data dal giorno dell'iscrizione.

Noi non ammettiamo questo preteso principio, e abbiamo già ripudiato l'applicazione che la commissione ne fa (n. 449) (1). Il contratto ipotecario cambia forse natura secondo che la ipoteca è stipulata nell' atto stesso dell'obbligazione principale o in un atto posteriore? Cerchiamo invano le ragioni di questa distinzione. L'ipoteca è sempre un diritto accessorio, in qualunque momento sia stabilita; ma il carattere accessorio dell'ipoteca non ha nulla di comune colla questione di sapere se l'ipoteca convenzionale sia un contratto solenne. La definizione che la legge dà dell'ipoteca convenzionale implica ch'essa non esista che quando è stata costituita nelle forme legali, vale a dire che l'atto è solenne in modo assoluto. Se gli è così, il contratto deve essere retto dagli stessi principii, qualunque sia l'atto nel quale esso è ricevuto, come è solenne a riguardo d'entrambe le parti. La natura d'un atto è indivisibile; essa è sempre in tutti i casi la stessa. Ogni distinzione condurrebbe ad un non senso, cioè che un solo e medesimo atto sia ora solenne ora non solenne.

§ IV. — *Della promessa d'ipoteca.*

453. La promessa d'ipoteca è valida e in che differisce dalla costituzione d'ipoteca? A termini dell'art. 1589, la promessa di vendita equivale a vendita quando vi è reciproco consenso di entrambe le parti sulla cosa e sul prezzo. È possibile anche una promessa d'ipoteca corrispondente al contratto col quale il debitore consente un'ipoteca e il creditore l'accetta. Se il debitore dichiara, in un atto autentico, di promettere un'ipoteca al creditore su un determinato immobile, per garanzia del tal credito, e il creditore accetta questa promessa, vi sarà senza dubbio contratto ipotecario; perchè non vi è altra differenza fra questa convenzione e la convenzione ordinaria colla quale l'ipoteca vien stabilita se non che le parti o chi stende l'atto hanno adoperata la parola *promettere:*

---

(1) Confronta la sentenza del tribunale di Bruxelles del 16 febbraio 1875 (*Pasicrisie*, 1875, 3, 133).

ma poco importano i termini purchè essi implichino un consenso del creditore. Dal momento che esiste un contratto, nelle forme e sotto le condizioni determinate dalla legge, vi è trasferimento del diritto reale, quand'anche le parti usassero la parola *promessa*. Questo caso è raro; non ve n'ha anzi esempio nella giurisprudenza, e non è questo che gli autori intendono per promessa d'ipoteca. Essi suppongono che il debitore prometta, sia verbalmente, sia con lettera od altro scritto privato, al proprio creditore di dargli un'ipoteca. Il creditore accetta la promessa. È certo che questa promessa è valida, come ogni altra convenzione che non ha nulla di contrario ai buoni costumi nè all'ordine pubblico; ma l'ipoteca non sarà costituita in questo caso, e lo diverrà soltanto col contratto che il debitore ha promesso di consentire.

Ecco una specie che si è presentata avanti alla Corte di Pau. Il creditore esprime con lettera al suo debitore, il desiderio d'ottenere un'ipoteca. Il debitore risponde che consente ad accordarla. Fu giudicato che questa promessa è valida, e attribuisce azione al creditore contro il debitore per costringerlo ad eseguirla (1). Diremo più avanti quale sia l'effetto di questa azione. È chiaro che vi ha notevole differenza fra la promessa d'ipoteca così formulata e il contratto ipotecario. Il contratto ipotecario è un atto solenne. Esso non esiste che quando fu ricevuto nella forma autentica, e l'ipoteca non sarà valida se non sia specializzata così riguardo ai beni come rispetto al credito. Accade tutto altrimenti della promessa d'ipoteca. Essa è una convenzione non solenne che resta nei termini del diritto comune; non deve esser stesa con atto autentico; anzi non è nemmeno necessario che esista un atto, perchè lo scritto non serve che di prova. La condizione della specialità non deve essere osservata, perchè non si tratta ancora di costituire l'ipoteca: le parti convengono soltanto di fare un contratto ipotecario. È in questo atto ch'esse osserveranno la condizione delle specialità prescritte dalla legge.

454. Quali sono gli effetti della promessa d'ipoteca? Essa è un'obbligazione di fare, governata dal diritto comune. Il debitore la adempie presentandosi avanti il notajo e dichiarando che costituisce un'ipoteca sul tale immobile per la garanzia di un determinato credito. Sotto questo rapporto vi ha differenza fra la promessa d'ipoteca e la promessa unilaterale di vendita. Questa diviene una vendita col consenso che dà colui a vantaggio del quale è fatta la promessa di voler comperare o vendere. Tale consenso non basta perchè la promessa d'ipoteca sia realizzata. Per meglio dire, il creditore ha accettato la promessa, egli ha consentito alla costituzione d'ipoteca: manca ancora perchè l'ipoteca esista un atto autentico col quale entrambe

---

(1) Pau, 16 luglio 1852. (Dalloz, 1854, 2, 205). Confronta Rigetto 5 novembre 1860 (Dalloz, 1861, 1, 301).

le parti esprimano il loro consenso nella forma solenne e sotto la condizione di specialità richiesta dalla legge.

Se il debitore rifiuta di stipulare l'atto, il creditore avrà un'azione contro di lui per farlo condannare a costituire l'ipoteca. Ma è una condanna a fare. Ora, nessuno può essere condannato a fare. Se il debitore non vuol eseguire la promessa, non resta al creditore che reclamare i danni: tale è il diritto comune. Se la promessa d'ipoteca avesse accompagnato l'obbligazione principale, il creditore potrebbe domandare il rimborso del credito, vale a dire la risoluzione del contratto, la restituzione dell'ipoteca essendo la condizione sotto la quale egli ha consentito a contrattare. La legge accorda questa azione al creditore quando il debitore diminuisce le garanzie che aveva date pel pagamento del suo debito. A maggior ragione deve esso averla se il debitore non fornisce le garanzie che aveva promesse (art. 79, codice civile, art. 2131) (1).

455. La giurisprudenza francese attribuisce un effetto più considerevole alla promessa d'ipoteca. Secondo il codice Napoleone, ogni sentenza produceva, a favore del creditore, un'ipoteca sui beni presenti e futuri del debitore (articolo 2123). Conseguentemente, la sentenza che il creditore otteneva contro il debitore, sul rifiuto di costui a consentire un'ipoteca convenzionale, importava l'ipoteca giudiziale (2). Non può più essere così sotto l'impero della nostra legge, che non ammette più l'ipoteca giudiziale; ma non si può dire che la sentenza che condannerà il debitore ad adempiere la promessa d'ipoteca terrà luogo di contratto? Lo si è sostenuto invocando il principio che noi contrattiamo nel giudizio e che la sentenza sostituisce l'atto notarile (3). Il principio è verissimo, ma inapplicabile agli atti solenni come l'ipoteca. Bisogna, per l'esistenza stessa dell'ipoteca, che le parti diano il loro consenso in un atto notarile. Dunque il contratto che interviene giudizialmente non può generare ipoteca. La questione fu decisa in questo senso nella discussione del progetto di legge in seno alla camera dei rappresentanti. Il Jullien formulava la difficoltà in questi termini. Il debitore si obbliga a dare ipoteca su determinati beni. Potrà il creditore chiedere l'esecuzione di questa promessa, e la sentenza che interverrà conferirà ipoteca in luogo e vece dell'ipoteca convenzionale? Ci pare che la questione non sia posta bene. Sembra che essa si identifichi colla prima ipotesi che abbiamo preveduta testè (n. 653). Bisogna dunque supporre una semplice promessa che deve essere realizzata più tardi.

La questione fu sottoposta alla commissione della camera, e risolta negativamente. « Non potendo l'ipoteca risultare da

(1) Confronta MARTOU, t. II, p. 322, n. 704.

(2) AUBRY e RAU, t. III, p. 275, nota 54, § 266. Rigetto, 30 aprile 1825 (DALLOZ, alla voce *Privilèges*, n. 1151).

(3) CLOES, *Commentario*, t. II, p. 47, n. 1012 e 1013.

una sentenza, è evidente che il giudice non può ordinare l'esecuzione della promessa all'effetto di conferire un diritto ipotecario. Ma il creditore è autorizzato a reclamare immediatamente il rimborso della somma prestata (art. 1188 e 1912, 2). Per conseguenza, il giudice dichiarerà che, non consentendo l'ipoteca con atto regolare nel termine che fisserà, il debitore sarà tenuto a rimborsare il capitale preso a prestito » (1). La soluzione è esattissima. Solo il relatore s'esprime male dicendo che il giudice non può ordinare l'esecuzione della promessa. Egli deve, al contrario, ordinarla, poichè tale è l'obbligazione contratta dal debitore. Ma, siccome si tratta di una obbligazione di fare, il giudice deve aggiungere una condanna eventuale ai danni se la promessa di ipoteca non è adempiuta, e il creditore può esigere il rimborso del credito se la promessa d'ipoteca è la condizione del contratto principale (n. 454).

§ V. — *Dei contratti d' ipoteca stipulati all'estero.*

456. L'articolo 2128 del codice civile stabilisce che i contratti stipulati in paese straniero non possono produrre ipoteca sui beni siti in Francia, se non vi sono disposizioni contrarie a tale principio nelle leggi politiche e nei trattati. Questo articolo fu vivamente censurato. La legge belga vi deroga, ma, per comprendere la portata della deroga, importa precisare in qual senso i contratti ipotecari ricevuti in paese estero non *producono ipoteca* sui beni posti in Francia. È sempre stato ammesso il principio che i contratti stipulati all'estero non fossero esecutivi in Francia. L'ordinanza del 1629 lo dichiarava espressamente: « Questi contratti, dice l'articolo 121, non produrranno *ipoteca* nè avranno *esecuzione* nel nostro regno. » Riguardo alla forza esecutiva, il principio è fondato sul diritto pubblico. Gli atti si eseguiscono in nome del capo del potere esecutivo, quindi in nome della sovranità nazionale. Ora il sovrano d'uno Stato non ha alcun potere negli altri Stati. È dunque impossibile che gli atti dichiarati esecutivi in nome d'una sovranità straniera ricevano la loro esecuzione in Francia. È in questo senso che il codice di procedura dispone (art. 546): « Le sentenze pronunciate dai tribunali stranieri e gli atti ricevuti dagli ufficiali stranieri non saranno suscettibili d'*esecuzione* in Francia che nel modo e nei casi previsti dagli articoli 2123 e 2128 del codice civile », vale a dire che devono essere dichiarate esecutive da un *tribunale* francese, salvo disposizione contraria risultante dai trattati. L'articolo 2128 applicava dunque il diritto comune in quanto rifiutava *forza esecutiva* ai contratti ipotecari ricevuti all'estero; ma esso andava più in là e dichiarava che gli atti

(1) LELIÈVRE, Relazione (PARENT. p. 289). Vedi, in questo senso, una sentenza del tribunale di Marche, del 24 febbraio 1855 (CLOES e BONJEAN, *Giurisprudenza dei tribunali*, t. IV, p. 910).

ipotecari stipulati all' estero non conferivano ipoteca sui beni situati in Francia. Questo principio, che venne censurato, in realtà non si giustifica. Un atto di vendita ricevuto all' estero trasferisce la proprietà di beni situati in Francia. Perchè un atto ipotecario che è un'alienazione parziale non sarebbe valido? Non si può dire che l'ipoteca convenzionale sia un contratto di diritto civile, poichè dipende intieramente dalla volontà delle parti contraenti. Non si può invocare il carattere solenne di quest' atto, perchè la solennità consiste nelle forme. Ora, vi è un principio universalmente ammesso in materia di forma, cioè che esse sono determinate dalla legge del paese in cui l' atto è ricevuto (1).

Tali considerazioni indussero gli autori della legge belga ad ammettere la validità degli atti ipotecari ricevuti all'estero (2). È questo l'oggetto dell'articolo 77 che trovasi così concepito: « In mancanza di disposizioni contrarie nei trattati o nelle leggi politiche, le ipoteche consentite in paese straniero non avranno *effetto* a riguardo dei beni situati nel Belgio, se non quando gli atti che ne contengono la stipulazione saranno stati muniti del visto del presidente del tribunale civile del luogo in cui sono collocati i beni ». Così la legge belga deroga al codice Napoleone per quanto riguarda l'*effetto* ch'essa riconosce agli atti ricevuti all' estero. Essi hanno *effetto* nel senso che producono il diritto d'ipoteca, ossia che sono validi, purchè siano stati stipulati nella forma autentica, l' autenticità essendo richiesta per l' esistenza dell'ipoteca. Gli è per constatare che le forme prescritte dalle leggi straniere sono state osservate che la legge fa intervenire il presidente del tribunale. « Questo magistrato, dice il § 2 dell'articolo 77, è incaricato di verificare se gli atti e le procure che ne sono il complemento riuniscono tutte le condizioni necessarie per la loro autenticità nei paesi in cui sono stati ricevuti ».

Ne consegue che la legge belga non deroga all'articolo 546 del codice di procedura: essa non dice che gli atti ricevuti all'estero sono *esecutivi* nel Belgio per ciò solo che siano autentici e che il presidente abbia constatato la loro autenticità; essa dice soltanto che questi atti hanno *effetto* a riguardo dei beni situati nel Belgio, ossia ch'essi generano il diritto d'ipoteca, mentre non avevano questo effetto in forza dell'articolo 2128 del codice civile (3).

Non si può dire che il visto del presidente dia loro forza esecutiva, perchè questo *visto* non è una sentenza emanata dal tribunale e l'articolo 546 (codice di procedura) esige una sentenza pronunciata da un *tribunale francese*, che renda esecutivo l'atto

---

(1) Confronta DURANTON, vol. XIX, p. 551, n. 362.

(2) Relazione della commissione speciale della camera dei rappresentanti e del senato (PARENT, p. 40, 113 e 419).

(3) Sentenza del tribunale di Liegi, 22 gennaio 1872 (*Pasicrisie*, 1872, 3, 120).

ricevuto da un ufficiale straniero (1). Quando dunque il creditore vorrà eseguire l'atto ipotecario dovrà conformarsi all'articolo 546 del codice di procedura.

457. In qual modo il presidente si assicurerà che gli atti ricevuti all'estero rispondano alle condizioni previste dalla legge straniera per la loro autenticità? Martou risponde che il presidente attingerà le prove dell'autenticità nelle legalizzazioni che sono state apposte all'atto dalle autorità politiche (2). Il *visto* non sarebbe, dopo ciò, che una pura formalità; il presidente non fa che constatare che l'atto è stato legalizzato. Non è questo che la legge vuole: essa intende che sia giudizialmente constatato che l'atto è solenne. Ora, la legalizzazione delle autorità politiche non constata che la verità delle firme. I legalizzanti non constatano l'osservanza delle forme richieste per l'autenticità dell'atto. Si domanderà come mai il presidente possa conoscere tutte le leggi straniere. La risposta è semplicissima. Spetta al creditore ipotecario che domanda il *visto* provare che l'atto da lui prodotto è autentico e far conoscere, per conseguenza, le leggi conformemente alle quali il contratto è stato steso.

458. L'articolo 78 esige il visto del presidente per gli atti che contengono costituzione d'ipoteca. Fra questi atti si trovano le procure, che, come dice il § 2, sono il complemento del contratto. Che dovrà dirsi se venga data una procura all'estero per stipulare un contratto ipotecario nel Belgio? La Corte di Liegi ha giudicato che la procura, nella specie, non era soggetta al visto. Questa decisione venne cassata, e giustamente. Il consenso del debitore deve essere dato nella forma solenne. Su questo punto non potrebbe esservi dubbio. Ora quando il debitore conferisce procura per costituire un'ipoteca, il suo consenso risulta dalla procura e il consenso dato all'estero non ha effetto nel Belgio che in forza del visto del presidente. Tale è il principio consacrato dalla nuova legge ed esso decide la questione. Crediamo inutile insistere. La sentenza è stata cassata nell'interesse della legge sulla richiesta del procuratore generale Leclercq, il quale risponde a tutto quanto si potrebbe obbiettare in favore dell'opinione contraria (3).

459. La decisione del presidente è soggetta ad appello (art. 78, § 3). Questa disposizione fu introdotta dal senato. Il relatore la giustifica in questi termini: « La vostra commissione ha considerato che non si trattava d'una semplice formalità. Il presidente è chiamato ad interpretare una legislazione straniera, ed è quindi necessario accordare al creditore un ricorso contro la decisione che rifiutasse il visto » (4). La legge dice che l'ap-

---

(1) Il LELIÈVRE sembra dire il contrario nella sua relazione.

(2) MARTOU, t. III, p. 92, n. 989. Confronta CLOES, t. III, p. 53, n. 84.

(3) Cassazione, 15 gennaio 1853 (*Pasicrisie*, 1853, 1, 404). Confronta, in senso contrario, CLOES, t. III, p. 57, n. 90-92.

(4) D'ANETHAN, Relazione (PARENT, p. 419).

pello sarà interposto con ricorso indirizzato alla Corte, che statuirà come in materia d'appello ordinario.

460. L'articolo 78 soggiunge che possono esservi disposizioni contrarie nei trattati o nelle leggi politiche, vale a dire che i trattati possono stipulare che gli atti ricevuti all'estero nella forma autentica avranno effetto nel Belgio senza visto. Noi non conosciamo alcun trattato simile, e la ragione ne è semplice, cioè che con questo sistema il creditore rimarrebbe senza garanzia. Egli potrebbe, veramente, prendere iscrizione in forza dell'atto ipotecario, ma i terzi interessati conserverebbero il diritto di chiedere la nullità dell'ipoteca e per conseguenza, dell'iscrizione, fondandosi sul fatto che le forme richieste dalla legge straniera non sarebbero state osservate. Il creditore ha dunque interesse a domandare il visto del presidente, il quale deciderà la questione d'autenticità. Egli preverrà così una lite ed assicurerà l'esercizio del suo diritto. I trattati non avrebbero utilità che quando dispensassero il creditore dal ricorrere al tribunale per rendere l'atto esecutivo. Sarebbe questa una deroga al codice di procedura (art. 546).

L'articolo 78 suppone che questa deroga potrebbe anche risultare da *leggi politiche*. L'espressione è tolta all'articolo 2128, e si trova anche nell'articolo 2123. Noi non sappiamo che cosa il legislatore intenda con ciò. Non vi hanno leggi internazionali, poichè i rapporti fra i popoli sovrani si regolano mediante convenzioni. Una legge ordinaria potrebbe senza dubbio derogare al principio degli articoli 2123 e 2128, ma questa legge non avrebbe nulla di *politico*.

§ VI. — *Chi può consentire un'ipoteca?*

461. L'ipoteca è l'accessorio dell'obbligazione principale, e quindi è consentita di regola dal debitore che accorda al creditore una garanzia reale per il pagamento del suo debito. Tuttavia un terzo può costituire ipoteca per un debito a cui non è tenuto personalmente. Il fatto che i beni d'una persona sono gravati d'ipoteca, senza che il proprietario sia debitore principale, è molto usuale. Esso si presenta ogniqualvolta il debitore aliena l'immobile che ha ipotecato. In questo caso l'ipoteca è separata dall'obbligazione personale; il debitore continua ad essere obbligato personalmente, mentre il terzo detentore non è tenuto che come possessore d'un immobile gravato da ipoteca. Ciò può avvenire anche, fin da principio, al momento in cui l'ipoteca è costituita. Un terzo può costituire un'ipoteca pel debitore. La legge lo dice del pegno (art. 2077), e si deve ammetterlo anche per l'ipoteca, quantunque la legge non si spieghi. Nessuna disposizione della legge però vi si oppone. Tutto ciò che l'articolo 73 (codice civile, art. 2214) esige si è che colui il quale consente un'ipoteca convenzionale abbia la capacità d'alienare gli immobili che vi sottopone. Resta a sapere come si farà l'iscrizione dell'ipoteca consentita da un terzo. Ritorneremo sull'argomento.

Il terzo che dà un' ipoteca per un debito a cui non sia personalmente tenuto è stato paragonato ad un fidejussore. I nostri giovani lettori stiano in guardia contro questi confronti. La legge non chiama fidejussore il terzo che ipoteca il suo immobile per garanzia d'un debito che non ha contratto, nè la definizione ch' essa dà della fidejussione autorizza questa qualifica. Il fidejussore s'obbliga a pagare il debito quando il debitore non soddisfa alla sua obbligazione (art. 2011), mentre il terzo che costituisce soltanto un'ipoteca per garanzia del debito è debitore. La differenza è radicale. Ne concludiamo che non si possono applicare al terzo detentore dell'immobile ipotecato principii che reggono il fidejussore. In ispecie l'articolo 2037 non è applicabile, come abbiamo detto al titolo che è sede della materia (t. XXVIII, n. 303) (1).

462. Chi può consentire un'ipoteca? L'articolo 73 risponde: « Le ipoteche convenzionali non possono essere consentite che da coloro i quali abbiano la capacità d' alienare gli immobili che vi sottopongono ». Questa disposizione implica due condizioni: bisogna essere, 1. proprietario, 2. capace d'alienare.

N. 1. — Bisogna essere proprietario.

463. L'articolo 73 (codice civile, articolo 2124) non dice in termini formali che bisogna essere proprietario per poter consentire un'ipoteca, ma lo richiede implicitamente, esigendo la capacità d'alienare. Infatti il diritto d' alienare è uno degli attributi essenziali della proprietà. Soltanto i proprietari possono alienare. Se è dunque necessaria la capacità d'alienare per poter ipotecare, bisogna, per ciò stesso, essere proprietario. L'articolo 78 (codice civile, art. 2129) è più esplicito: esso vuole che l'atto ipotecario dichiari specialmente la natura e la situazione di ciascuno dei beni attualmente *appartenenti al debitore*, sui quali questi consente l'ipoteca. E se non lo dicesse la legge, bisognerebbe ancora decidere così, e senza alcun dubbio. Ciò consegue dal principio che l'ipoteca è uno smembramento della proprietà, ovvero un'alienazione parziale. Ora, non vi è che il proprietario che possa smembrare la proprietà o alienarla parzialmente (2).

464. Il principio subisce però eccezioni. Avviene talvolta che colui il quale non è proprietario abbia tuttavia il potere d'alienare. Tale è il caso in cui una controdichiarazione constata che il proprietario apparente non è che un prestanome. Questa controdichiarazione non può essere opposta ai terzi (art. 1321). A riguardo di questi, l'atto apparente fa fede, e per conseguenza, il proprietario nominale è il vero proprietario; il che gli dà il diritto d'alienare (3) e, quindi, d'ipotecare.

---

(1) PONT, t. II, p. 47, nota 2. In senso contrario AUBRY e RAU, t. III, p. 260, nota 1, § 266.

(2) MARTOU, t. III, p. 57, n. 952. PONT, t. II, p. 59, n. 624.

(3) Vedi il volume XIX, p. 203, n. 189. Confronta le sentenze citate dal DALLOZ, alla voce *Privilèges*, n. 1206, 1 e 2.

Al titolo del *Contratto di matrimonio* abbiamo incontrato un'altra eccezione. Quando la moglie mobilizza un immobile per una determinata somma, il marito non può alienarlo che col consenso della moglie, ma può ipotecarlo senza tale consenso (art. 1507). La questione di sapere se il marito è proprietario dell'immobile così mobilizzato è controversa. Vi è un'altra mobilizzazione indeterminata. L'articolo 1508 dispone che la comunione non diviene proprietaria degli immobili che ne sono colpiti. Tuttavia il marito può ipotecarli fino a concorrenza della somma per la quale gli immobili sono stati mobilizzati. Rimandiamo, su questi punti, al titolo del *Contratto di matrimonio.*

La giurisprudenza francese ammette una terza eccezione riguardo alle ipoteche consentite dall'erede apparente. Secondo la dottrina contraria, che noi abbiamo insegnato, l'erede apparente non può fare alcun atto di disposizione, e per conseguenza non può ipotecare i beni dell' eredità. L' ipoteca è nulla perchè consentita da colui che non è proprietario della cosa (1). Esporremo più avanti i principii che reggono l'ipoteca della cosa altrui.

465. Il socio può ipotecare l' immobile che appartiene alla società? Bisogna distinguere. Nelle società civili, ogni socio è comproprietario degli immobili che dipendono dalla società, e a questo titolo può, come dicemmo, fare atti di disposizione. Vi è una specie di società civile che dà un potere quasi assoluto ad uno dei soci: è la comunione fra coniugi. Il marito ne è signore e padrone: la legge gli dà il diritto d'alienare e d'ipotecare i beni della comunione senza il concorso della moglie. Abbiamo spiegato questa anomalia al titolo che è la sede della materia.

Nelle società commerciali, è l'ente morale, considerato come persona civile, il proprietario dei beni sociali. Soltanto dunque la società può ipotecare: i soci non hanno questo diritto perchè i beni della società non sono nel loro dominio; se li ipotecassero l' atto sarebbe nullo, come ipoteca della cosa altrui. Anche dopo che la società è sciolta si ammette ch'essa si reputi sussistere pei bisogni della liquidazione. Avendo il liquidatore il potere di alienare, ne risulta che questo diritto non può essere intralciato dai soci. A partire dallo scioglimento, essi diventano bensì comproprietari dei beni che compongono l'attivo, e possono, per conseguenza, ipotecare questi beni in forza del loro diritto di comproprietà, ma tali ipoteche diventano inefficaci se il liquidatore aliena i beni ipotecati per la necessità della liquidazione. Vi ha, in questo caso, un conflitto di principii. Il socio dovrebbe avere, ed ha realmente, il diritto d'ipotecare la sua parte indivisa, ma non può usare di questo diritto a danno della massa e il diritto della massa domina, durante la liquidazione, quello dei soci. Non entriamo nell'esame di questa difficoltà, poichè la materia è estranea al nostro lavoro (2).

---

(1) Vedi il volume XIX, n. 563. Confronta PONT, t. II, p. 66, n. 631.
(2) Vedi le fonti in AUBRY e RAU, t. III, p. 466, note 19 e 20, § 266.

466. I comproprietari indivisi possono ipotecare? La questione dà luogo a molte difficoltà. Le abbiamo esaminate al titolo delle *Successioni*. Gli stessi principii si applicano ad ogni indivisione qualunque ne sia la causa (v. X, n. 402). Il comproprietario può ipotecare, salva l'applicazione dell'articolo 883 (v. X, n. 215). Quale sarà l'effetto della divisione (v. X, n. 394)? Se l'immobile è compreso nella quota di colui che ha consentito l'ipoteca, questa colpirà tutto l'immobile, o soltanto la parte che apparteneva al comproprietario al momento del contratto (v. X, n. 403)? Il principio dell'articolo 883 si applica al caso di licitazione quando l'immobile è aggiudicato a un terzo (v. X, n. 417)? L'ipoteca sussiste quando uno dei convenuti cede la sua parte ad un comproprietario? (v. X, n. 423-431)? Tutte queste quistioni sono state esaminate altrove. Abbiamo detto anche che la legge dà ai terzi creditori il diritto d'intervenire nella divisione per tutelare i loro interessi. Disgraziatamente la garanzia è talvolta insufficiente (v. X, n. 524-545). La legge sul sequestro immobiliare del 1854 ha rimediato in parte agli inconvenienti pratici che presenta l'applicazione dell'articolo 883 (v. X, n. 419).

N. 2. — Conseguenze del principio.

I. — Dell'ipoteca della cosa altrui.

467. Dal principio che bisogna essere proprietario per poter ipotecare segue che l'ipoteca della cosa altrui è nulla. La legge lo dice implicitamente ponendo il principio della specialità delle ipoteche convenzionali: « Non è *valida l'ipoteca convenzionale* se non dichiara specialmente la natura e la situazione di ciascuno degli immobili attualmente appartenenti al debitore, sui quali questi consente l'ipoteca ». Se dunque egli ipoteca un bene che non gli appartiene attualmente, l'ipoteca è nulla. Ciò risulta ancora, per via d'analogia, dall'articolo 1599 a termini del quale la vendita della cosa altrui è nulla. Se chi non è proprietario non può alienare un immobile per la totalità, non può, per l'identico motivo, alienarlo parzialmente (1).

468. Sotto questo rapporto, l'analogia tra la vendita e l'ipoteca è completa. Tuttavia bisogna guardarsi bene dal conchiuderne che i principii che reggono la vendita della cosa altrui siano applicabili all'ipoteca della cosa altrui. Vi hanno differenze essenziali. La vendita è un contratto non solenne, mentre, secondo l'opinione che noi abbiamo insegnato, l'ipoteca è un contratto solenne. Non è questa soltanto una differenza di forma. L'ipoteca è un atto solenne, perchè tocca gli interessi economici più gravi, il credito privato, lo sviluppo della ricchezza nazionale. La vendita, al contrario, non riguarda che interessi privati. Senza dubbio anche la pubblicità delle transazioni immobiliari è d'interesse pubblico. La legge ipotecaria vi ha prov-

(1) PONT, t. II, p. 60, n. 625; MARTOU, t. II, p. 59, n. 953.

veduto ordinando la trascrizione degli atti traslativi di diritti reali immobiliari. Ma la trascrizione non cambia la natura del contratto. La vendita resta un contratto non solenne, le cui condizioni sono regolate in vista dell'interesse privato.

469. I differenti caratteri della vendita e dell'ipoteca producono conseguenze diverse. La difficoltà capitale che presenta la vendita della cosa altrui sta nel sapere se la vendita sia nulla, vale a dire annullabile, o invece inesistente. Abbiamo insegnato, ed è l'opinione generalmente seguìta, che la vendita è nulla, nel senso che può esserne domandata la nullità, e che l'azione di nullità che ne risulta è d'interesse privato; che quindi la nullità è relativa. Si deve dire altrettanto dell'ipoteca della cosa altrui? Gli autori non esaminano la questione, ed essa non si è presentata nella giurisprudenza. È raro che si disponga della cosa altrui. Tuttavia occorre una soluzione.

Abbiamo esposto, al titolo delle *Obbligazioni*, la teoria degli atti inesistenti. Se la si ammette, bisogna conchiuderne che l'ipoteca della cosa altrui è inesistente. Infatti, una delle condizioni richieste per l'esistenza dei contratti è ch'essi abbiano una causa lecita, e la causa è illecita, a termini dell'articolo 1133, quando è vietata dalla legge e quando è contraria all'ordine pubblico. Ora, a questo doppio titolo, l'ipoteca della cosa altrui è illecita. La legge la proibisce negli articoli 73 e 78 (codice civile, articolo 2124 e 2129), e la proibisce per un interesse generale, poichè il divieto riguarda la specialità, vale a dire l'interesse dei terzi, che è un interesse pubblico, e il credito dei proprietari, che costituisce egualmente un interesse pubblico, e, in materia di convenzioni, l'interesse pubblico è d'ordine pubblico.

Vi è dunque un testo che decide la questione. Disgraziatamente questo testo è assai vago, e la teoria degli atti inesistenti è sempre incerta. Anche quando si ammettesse che l'ipoteca della cosa altrui ha esistenza legale, si verrebbe presso a poco alle stesse conseguenze per quanto riguarda il carattere della nullità. Gli autori insegnano ch'essa è assoluta e che non può essere confermata. Ogni conferma, dice Martou, suppone l'esistenza almeno d'un germe, d'un principio di diritto: non si conferma il nulla. Ora, al momento in cui il debitore ha dato in ipoteca la cosa altrui, egli non aveva su questa cosa alcun diritto, alcuna eventualità di diritto, nemmeno una speranza. È quanto dire che l'ipoteca è inesistente, quantunque lo scrittore non pronunci tale parola. I signori Aubry e Rau s'esprimono nello stesso senso (1). Ammettendo la conseguenza del principio che l'ipoteca della cosa altrui non esiste agli occhi della legge, gli editori di Zachariae ammettono implicitamente il principio. Il Pont sembra dire che il contratto è soltanto nullo, ma ciò ch'egli riferisce rispetto ai caratteri di codesta nullità si avvicina piuttosto

(1) MARTOU, t. III, p. 103, n. 1002. AUBRY e RAU, t. III, p. 263, nota 8, § 266.

alla teoria dell'inesistenza dell'atto. È un contratto al quale è mancata la materia, perchè il costituente non aveva alcun diritto alla cosa di cui ha disposto. Il contratto è dunque come non avvenuto, e checchè accada resta colpito d'una nullità radicale, irreparabile (1). Non è questa una semplice nullità: assai più di ciò, è una vera inesistenza. Noi non conosciamo alcuna sentenza sulla materia. Una pronunzia di primo grado dice pure che la nullità è radicale, assoluta, ma essa non intende con ciò che il contratto sia inesistente, perchè non ammette le conseguenze dell'inesistenza (2); lo che prova quanto sia necessaria in questa materia la precisione del linguaggio.

470. Abbiamo insistito sul principio, perchè serve a decidere tutte le difficoltà sulle quali vi è controversia. Si domanda anzitutto: Chi può invocare la nullità dell'ipoteca? La questione così posta implica che l'ipoteca della cosa altrui esiste, ma che è affetta da un vizio che permette di chiederne la nullità. Secondo la nostra opinione, la questione dovrebbe essere formulata in questi termini: Chi può invocare l'inesistenza dell'atto? E questa non è una difficoltà, poichè sta il principio che ogni persona può sempre respingere un atto che non esiste. Quand'anche si ammetta che vi è soltanto nullità, questa nullità è sempre di ordine pubblico, il che conduce ancora alla conseguenza che ogni persona interessata può opporla.

Il principio non è ammesso da tutti gli scrittori; donde controversie sulle conseguenze che ne derivano. Secondo la nostra opinione il debitore può invocare l'inesistenza stessa dell'atto. È il diritto comune secondo la teoria degli atti inesistenti. Giusta l'opinione che considera l'atto soltanto come nullo o annullabile si obbietta che il debitore non può invocare il proprio dolo, nessuno potendo prevalersi della sua turpitudine per reclamare un diritto. È un adagio romano che le nostre leggi ignorano, anzi respingono quando la nullità è d'ordine pubblico. Il bigamo può domandare la nullità del suo matrimonio, benchè più ancora che dolo e turpitudine, vi sia delitto. Gli è che entra allora in causa un interesse sociale. La legge vuole che un atto il quale offende l'interesse generale sia annullato e non produca alcun effetto. È per raggiungere questo scopo ch'essa dà azione ad ogni parte interessata. Scrittori rispettabili, come Merlin e Troplong, sostengono l'opinione contraria fondandosi sulla tradizione romana. Qui si vede il pericolo di questa argomentazione così usuale nella nostra scienza. Il diritto procede, è vero, dal passato, ma vi sono anche materie in cui il diritto moderno l'ha rotta colla tradizione, e tale è precisamente il regime ipotecario. Perchè noi decidiamo che l'ipoteca della cosa altrui è nulla e che la nullità è d'ordine pubblico? Perchè le ipoteche interessano il credito pubblico. Ecco un'idea completamente estranea ai giureconsulti romani. Bisogna dunque

(1) Pont, t. II, p. 66, n. 630.
(2) Sent. del trib. di Neufchateau, 29 marzo 1874 (*Pasicrisie*, 1875, 3, 139).

lasciar da parte la tradizione: essa travia gli interpreti invece d'illuminarli (1).

La questione, per quanto riguarda il debitore, non è che teorica. Infatti, se il debitore domandasse la nullità dell'ipoteca, il creditore, il quale ha trattato soltanto sotto la condizione dell'ipoteca, potrebbe chiedere il rimborso del credito, per analogia di quanto la legge dice nel caso in cui il debitore abbia diminuito per fatto proprio le sicurtà che, col contratto, aveva dato al suo creditore (art. 1188 e 2131, legge ip. art. 79).

La questione diviene più pratica quando la nullità è proposta da terzi ai quali il debitore ha venduto o ipotecato l'immobile dopo averne acquistata la proprietà. I terzi creditori ipotecari o acquirenti possono opporre la nullità dell'ipoteca costituita dal debitore, quando egli non era proprietario? Vi ha controversia; ma la maggior parte degli autori e delle sentenze si sono pronunciate in favore dei terzi (2). Se la questione è discussa, la ragione sta in ciò, che la dottrina e la giurisprudenza mancano d'un principio certo. Secondo la nostra opinione, non vi ha alcun dubbio. Si consideri l'ipoteca della cosa altrui come inesistente o come affetta d'una nullità d'ordine pubblico, poco importa. In ogni ipotesi i terzi interessati possono prevalersene. Invano si opporrebbe loro la conferma. Anzitutto non è confermare l'acquistare la proprietà della cosa che è stata ipotecata da chi non è proprietario e quand'anche questo fatto importasse per sè medesimo conferma, nella specie ogni conferma è impossibile poichè non si conferma il nulla. Crediamo inutile rispondere alle altre obbiezioni che Merlin, e dietro a lui, Troplong hanno fatto contro il diritto dei terzi. Vi risposero in modo perentorio gli editori di Zachariae.

Secondo l'opinione da noi professata, le obbiezioni cadono di per sè stesse avendo ogni terzo interessato il diritto d'invocare l'inesistenza del contratto ipotecario. Se i creditori ipotecarii o gli acquirenti dell'immobile non avessero il diritto che noi riconosciamo loro, l'ipoteca della cosa altrui produrrebbe effetto. Ora, l'articolo 1131 dice che il contratto inesistente non ne può produrre alcuno.

471. Il debitore, dopo aver ipotecato l'immobile altrui, ne acquista la proprietà sia come erede del proprietario sia per qualsivoglia altro titolo. Si domanda se l'ipoteca divenga valida. Se si ammette il principio dell'inesistenza dell'ipoteca, la questione non può nemmeno essere posta. Un atto inesistente è il nulla, e come mai ciò che non esiste produrrrebbe un effetto qualsiasi? È una contraddizione in termini. Vi ha anche un altro principio della nostra legge ipotecaria il quale s'oppone a che l'ipoteca della cosa altrui sia valida: disposizione che vieta in termini assoluti d'ipotecare i beni futuri. Ora l'ipoteca d'un bene di cui,

(1) AUBRY e RAU, t. III, p. 264, e nota 9. PONT, t. II, p. 64, n. 630.
(2) Vedi le autorità in AUBRY e RAU, t. III, p. 263, nota 8, § 266.

al momento dell'atto, non si ha la proprietà, la quale non viene acquistata che più tardi, sarebbe l'ipoteca d'un bene futuro, se fosse convalidata in modo da aver effetto a partire dal contratto primitivo. Questo argomento risponde all'obbiezione che si attinge nella tradizione romana. I fautori del diritto romano dimenticano che i giureconsulti di Roma ignoravano il principio della specialità; essi non avevano alcuna idea dei motivi d'interesse pubblico che s'oppongono a che il debitore ipotechi beni futuri. Logici innanzi tutto, essi dovevano ammettere che l'ipoteca della cosa altrui si convalida quando il debitore diviene proprietario dell'immobile. Siamo logici come i nostri maestri tenendo conto dei nuovi principîi del nostro regime ipotecario, e giungeremo alla conseguenza che l'ipoteca della cosa altrui, se potesse convalidarsi, sarebbe, in realtà, l'ipoteca d'un bene futuro. Ora, la nostra legge proibisce questa ipoteca in modo assoluto. È l'argomento che ha fatto valere la commissione della camera dei rappresentanti, ed è decisivo. Soltanto il relatore ha torto di dire che l'articolo, come era presentato dalla commissione, troncava le difficoltà, perchè l'articolo 78 riproduce testualmente l'articolo 2129 del codice civile. Se la commissione voleva decidere la controversia con una disposizione espressa, avrebbe dovuto formulare la sua opinione in un articolo di legge. Nel silenzio del testo, la questione rimane soggetta a controversia malgrado la soluzione che la commissione le ha data (1).

Si può muovere contro l'opinione generalmente seguíta un'obbiezione che a primo sguardo pare molto speciosa. La vendita della cosa altrui diviene valida quando il venditore ne acquista la proprietà. Se si convalida l'alienazione totale, perchè non si farebbe altrettanto dell'alienazione parziale? Abbiamo già risposto, dimostrando che i principii che reggono la vendita non sono applicabili all'ipoteca (n. 468). La ragione sta in ciò, che la vendita della cosa altrui è nulla unicamente nell'interesse del compratore; mentre l'ipoteca di un immobile che non appartiene al debitore impinge contro tutti i principii del regime ipotecario, che sono d'ordine pubblico.

472. Dal principio che l'ipoteca della cosa altrui rimane nulla, quantunque il debitore divenga proprietario dell'immobile, segue che non si può ipotecare la cosa altrui sotto la condizione di acquistarne la proprietà. La conseguenza è controversa, al pari del principio, ma le pessime ragioni che il Troplong adduce contro l'opinione generale non servono che a rafforzarla. La ipoteca, egli dice, cade, in questo caso, sopra un determinato immobile, e quindi il principio della specialità è rispettato. Rispondiamo che la legge è violata perchè essa vieta, in termini assoluti, l'ipoteca dei beni futuri (art. 78; codice civ., art. 2131),

---

(1) MARTOU, t. III, p. 100; n. 1002: PONT, t. II, p. 61, n. 627-630 e le autorità che citano. In senso contrario, MERLIN e TROPLONG. Confronta LELIÉVRE, Relazione (PARENT, p. 144).

senza distinguere se l'ipoteca è costituita sulla generalità dei beni o su beni determinati (1). La nostra legge ha aggiunto valore all'argomento respingendo l'eccezione ammessa dall'articolo 2130. Qualunque ipoteca d'un bene futuro è vietata, e l'ipoteca della cosa altrui, sotto la condizione di acquistarne la proprietà, non è altro che l'ipoteca d'un bene futuro.

473. Si può ipotecare l'immobile appartenente ad un terzo rendendosi mallevadore per lui? L'affermativa non è dubbia. È l'applicazione dell'articolo 1120, a termini del quale può alcuno obbligarsi promettendo il fatto d'una terza persona. È sottinteso che l'ipoteca non esisterà che quando il terzo proprietario avrà ratificato l'obbligazione assunta in suo nome, perchè è soltanto allora che il proprietario consente, e non può formarsi contratto ipotecario senza la volontà del debitore cui appartiene l'immobile. Rimandiamo a quanto si è detto più sopra, sull'effetto della ratifica, in materia d'ipoteca (n. 449 e 450). La questione è controversa (2).

474. Come si vede, l'ipoteca della cosa altrui non può mai convalidarsi in modo da farla considerare esistente fin dall'origine contro i terzi. I principii del nostro regime ipotecario vi si oppongono. L'ipoteca non è efficace a riguardo dei terzi che coll'iscrizione. Ora l'iscrizione suppone l'esistenza dell'ipoteca, che è resa pubblica in tal modo. L'iscrizione non può conservare diritti che non esistono. Qualunque terzo, anche un creditore chirografario, può invocare l'inesistenza dell'ipoteca e, per conseguenza, la nullità dell'iscrizione. Se un creditore ipotecario l'iscrive, avrà il primo grado, quantunque sia posteriore all'atto inscritto, perchè l'iscrizione, al pari dell'ipoteca, non ha, nella specie, esistenza legale. Accadde che il proprietario ratificasse l'ipoteca stata consentita sul suo immobile. Questa ratifica varrà come un nuovo contratto ipotecario e quindi non avrà effetto che in forza di una successiva iscrizione. La prima è destituita d'ogni efficacia (3).

II. — Dell'ipoteca consentita da un proprietario il cui diritto è condizionale o rescindibile.

475. L'articolo 78 (codice civile, art. 2129) dice che il debitore non può ipotecare se non gli immobili che gli *appartengono attualmente*. Quando si può dire che i beni *appartengono* ad una persona? Vi è un vecchio adagio secondo il quale si ritiene che una cosa ci appartenga quando abbiamo un'azione atta a far riconoscere il nostro diritto di proprietà, di modo che si reputa che non abbiamo mai cessato d'esserne proprietari. Questo adagio

(1) MARTOU, t. III, p. 104, n. 401. AUBRY e RAU, t. III, p. 262, nota 5, § 266. In senso contrario, TROPLONG, n. 528.
(2) AUBRY e RAU, t. III, p. 262, nota 6, § 266. In senso contrario, MOURLON, t. III, p. 66, n, 956, ed una sentenza della Corte d'Orléans che egli cita.
(3) Bruxelles, 26 dicembre 1816 (*Pasicrisie*, 1816, p. 269).

è fondato in diritto ed in ragione. La cosa è evidente quando si tratta di un'azione di rivendica. Un terzo possiede un immobile che mi appartiene. Egli non ha alcun titolo: potrò io ipotecare questo immobile come mia proprietà? Non vi ha dubbio. Infatti l'usurpazione non mi spoglia del mio diritto: io sono e non ho mai cessato d'essere proprietario. Che importa che io debba agire giudizialmente se l'usurpatore vuol mantenersi in possesso? Il giudice, dandomi ragione, deciderà che io non ho mai cessato d'essere proprietario, perchè le sentenze si limitano a dichiarare i diritti delle parti, e non ne attribuiscono alcuno.

La conseguenza sarà che l'ipoteca da me costituita dovrà ritenersi perfettamente valida, poichè consentita da colui al quale l'immobile appartiene attualmente come vuole la legge. Quello che diciamo dell'azione di rivendicazione si applica ad ogni altra azione di risoluzione, revocazione, rescissione o nullità, avente per oggetto un immobile. Vi è, a dir vero, questa differenza che il terzo il cui diritto è risolto, revocato rescisso o annullato, aveva un diritto e quindi non è un usurpatore. Ma il suo diritto non è che apparente: la sentenza lo ha annullato, al punto che si ritiene non sia mai esistito. Sono dunque io, di cui il giudice riconosce il diritto, che fui sempre proprietario dell'immobile e per conseguenza ebbi il diritto d'ipotecarlo, siccome cosa che mi *appartiene attualmente*, benchè, al momento del contratto, io non fossi in possesso dell'immobile. Ma il possesso è di fatto, e non decide del diritto. Il giudice, annullando l'atto in forza del quale un terzo possedeva, ha dichiarato per conseguenza che questo immobile mi apparteneva al momento della costituzione dell'ipoteca; e quindi l'ipoteca è valida (1).

476. L'articolo 74 (codice civile art. 2125) applica questo principio a chi possiede sull'immobile un diritto sospeso da una condizione. Egli può consentire un'ipoteca, ben inteso, come soggiunge la legge, che l'ipoteca ch'egli consentirà sia sospesa dalla stessa condizione. Io acquisto un immobile sotto condizione sospensiva. Posso ipotecarlo? Sì, secondo il nostro articolo. Eppure io non sono proprietario, perchè il venditore conserva la sua proprietà. Ipotecando l'immobile, ipoteco, in apparenza, la cosa altrui. Ma, ragionando così, non si terrebbe conto del mio diritto condizionale. Se la condizione si verifica, retroagisce: si ritiene ch'io sia sempre stato proprietario dal giorno del contratto di vendita. Infatti, io ho comperato in quel giorno, e quindi sono divenuto proprietario, sotto condizione, è vero, ma, compiendosi la condizione, il mio diritto diviene puro e semplice, e, in forza di questo diritto, io posso ipotecare l'immobile. L'ipoteca sarà valida dal giorno in cui è stata stabilita, e prenderà grado a partire dalla sua iscrizione, poichè costituendola io era proprietario. Ma se la condizione fallisce, ne risulterà ch'io non fui mai proprietario dell'immobile. Io ho dunque ipo-

---

(1) VALETTE, p. 200 e seg. PONT, t. II, p. 74, n. 636.

tecato un immobile che non mi apparteneva. Una tale ipoteca è inesistente, e l'iscrizione non ha potuto renderla efficace. In questo senso, la legge dice che il diritto del creditore ipotecario è subordinato alla identica condizione del diritto del debitore, il quale ha costituito l'ipoteca. Se la condizione non si verifica, il debitore non fu mai proprietario e l'ipoteca non è mai esistita.

477. Questi principii sono applicabili alla vendita con clausola di riscatto? Meraviglia il vedere che la questione sia controversa, e più ancora che la Corte di cassazione l'abbia decisa negativamente. La Corte giunge fino a dire che i principii ch'essa invoca sono incontestabili. Valette ha ragione di dire essere incontestabile, al contrario, che colui il quale ha sopra un immobile un diritto subordinato ad una condizione, può validamente consentire un'ipoteca soggetta alla condizione medesima. È incontestabile, perchè l'articolo 2125 lo dice. Ora, chi vende con patto di riscatto, ha sull'immobile un diritto condizionale. Il compratore è proprietario sotto condizione risolutiva e il venditore è proprietario sotto condizione sospensiva. Ecco i veri principii. È impossibile disconoscerli, poichè sono scritti nella legge. Li abbiamo esposti al titolo della *Vendita*, e ne abbiamo dedotte le conseguenze al titolo delle *Obbligazioni*. I principii sono dunque certi, e perciò è inutile l'insistere (1).

478. L'articolo 74 soggiunge che « coloro i quali non hanno sopra un immobile che un diritto risolubile in certi casi, o soggetto a rescissione, non possono consentire che un'ipoteca vincolata alla stessa condizione od alla stessa rescissione ». Abbiamo detto (n. 477) che chiunque vende un immobile con clausola di riscatto ne è proprietario sotto condizione sospensiva, e che a questo titolo può ipotecarlo. Il compratore, alla sua volta, è proprietario sotto condizione risolutiva, ed egli pure può a questo titolo ipotecarlo. Soltanto l'ipoteca sarà soggetta a risoluzione, come il diritto di proprietà del costituente. A primo aspetto, ciò sembra contraddire al principio che abbiamo più sopra stabilito (n. 473), ed anche al buon senso. Abbiamo detto che chi ha un' azione, come proprietario dell' immobile, può ipotecarlo siccome *appartenentegli attualmente*. Secondo questo principio, l'immobile venduto con patto di riscatto appartiene al venditore, che ha l'azione di ricupera. E se *appartiene attualmente* al venditore, come apparterrebbe, nello stesso momento, al compratore? Da questa duplice proprietà sembra risulti una conseguenza assurda tanto in diritto, quanto in ragione, cioè che il medesimo immobile appartiene ad un tempo al venditore ed al compratore, e può essere ipotecato dall'uno e dall'altro. Abbiamo già risposto altrove che tale contraddizione non è che apparente. In diritto, vi è sempre un solo proprietario, il ven-

(1) Confronta VALETTE, p. 202 e 203. PONT, t. II, p. 75, n. 638 e 639. AUBRY e RAU, t. III, p. 265, e note 13 e 14, § 266.

ditore se esercita il riscatto, o il compratore se il riscatto non è esercitato, e parimenti una sola ipoteca resterà valida, quella che sarà stata concessa dal venditore, se la vendita è risolta, o quella che sarà stata concessa dal compratore, se la vendita non è risolta. Ciò che toglie la contraddizione si è che la proprietà del venditore, come quella del compratore, è condizionale. In forza di questo diritto, essi possono gravare entrambi l'immobile di un'ipoteca (art. 74; codice civile, articolo 2125), ma l'avverarsi dell'una o dell'altra condizione mette fine alla proprietà di una delle parti, con questo effetto che si ritiene ch'essa non sia mai stata proprietaria; il che fa cadere l'ipoteca da lei stabilita.

479. Questo principio s'applica anche alla condizione risolutiva tacita, come abbiamo detto al titolo delle *Obbligazioni*. Che deve dirsi della risoluzione volontaria? La questione è controversa. L'abbiamo esaminata altrove (vol. XVII, n. 143).

480. Revoca è sinonimo di risoluzione. L'articolo 1183 si serve della parola *rivocazione* per determinare gli effetti della condizione risolutiva espressa. Vi ha però una differenza. La risoluzione opera sempre retroattivamente: essa annulla il contratto come se non fosse mai esistito, il che importa la risoluzione dei diritti concessi dal proprietario la cui proprietà è risoluta. Anche la revoca agisce, in generale, con retroattività, ma vi sono casi nei quali essa non produce effetto che a partire dal momento in cui la domanda di revoca è inscritta; il che lascia sussistere i diritti ipotecari consentiti dal proprietario il cui diritto è revocato. Rimandiamo a quanto si è detto, al titolo della *Proprietà*, e sulle disposizioni preliminari della legge ipotecaria.

481. L'articolo 74 (codice civile, art. 2125) equipara la proprietà soggetta a rescissione alla proprietà risolubile. Infatti anche la rescissione o l'annullamento pronunciato dal giudice ha per conseguenza d'annullare il diritto di colui che è spossessato, come se non fosse mai esistito. La rescissione equivale dunque alla risoluzione per quanto riguarda le ipoteche costituite da colui la cui proprietà è rescissa o annullata: le ipoteche cadono, perchè sono state consentite da chi non era proprietario. Ciò è tanto evidente che non varrebbe la pena di citare autorità (1), se non si trovasse in una sentenza della Corte di cassazione una restrizione che è contraria ai principii. Si trattava, nella specie, di un'ipoteca stabilita sopra un immobile il cui possessore era proprietario in forza di un atto stipulato in frode dei creditori. Questi avevano l'azione pauliana, e potevano quindi far annullare l'atto d'acquisto del proprietario apparente e, per conseguenza, l'ipoteca che egli aveva costituita. L'annullamento dell'ipoteca non era dubbio, ma la

---

(1) PONT, t. II, p. 82, n, 644 e 645, e le autorità che cita. Aggiungasi Parigi, 6 giugno 1872 (DALLOZ. 1873, 2, 124).

sentenza soggiunge che « se il principio potesse deflettere, ciò avverrebbe solo nel caso in cui la parte che tratta col proprietario apparente potesse invocare una buona fede fondata sopra un errore comune invincibile » (1). Facciamo le nostre riserve su questa pretesa eccezione che permetterebbe a chi non è proprietario di concedere un'ipoteca in causa della buona fede del creditore. La buona fede dei terzi non dà diritti a chi non ne ha. Questo crediamo di aver dimostrato discutendo la famosa questione degli atti di disposizione fatti dall'erede apparente.

482. Come si vede, il diritto del creditore ipotecario rischia sovente di perire quando il debitore che gli ha concesso l'ipoteca aveva egli stesso una proprietà caduca. Uno dei più distinti giureconsulti dell'antico diritto, il Voet, dice che il creditore non può lagnarsi della fragilità della sua garanzia perchè egli ha potuto e dovuto informarsi della natura e dell'estensione dei diritti del suo debitore (2). Ma fa meraviglia il vedere questa osservazione riprodotta da Martou, nel commentario d'una legge che ha per oggetto di garantire i terzi creditori come i terzi acquirenti contro i pericoli della clandestinità romana. Voet viveva in un paese di pegno, ma l'impero tirannico della tradizione è più forte della vita reale. Il più delle volte è impossibile ai terzi conoscere le cause di risoluzione, di rivocazione o di rescissione che minacciano i loro diritti. Ecco perchè la nuova legge prescrive, da una parte, la pubblicità delle domande di rivocazione e di nullità, come delle sentenze pronunciate su queste domande (art. 3), e, dall'altra, subordina la condizione risolutiva tacita alla conservazione del privilegio del venditore.

La giurisprudenza ha per lungo tempo aggravato la condizione dei terzi creditori, decidendo ch'essi erano rappresentati dal debitore nelle cause in cui si trattava del diritto di proprietà del debitore, e, per conseguenza, di diritti ipotecari. Abbiamo censurata altrove questa erronea dottrina che perde ogni giorno terreno (v. XX, n. 105-107) (3). Bisogna andare più in là. Non solo i terzi creditori non sono rappresentati dal debitore nelle azioni di risoluzione o di rescissione intentate contro di lui, ma possono anche esercitare i diritti del loro debitore. Se dunque è stata loro concessa un' ipoteca da chi aveva un' azione in forza della quale sarà dichiarato proprietario, i creditori possono proporre questa azione in nome dei loro debitori. Se la condizione che sospende il diritto del debitore e quello del terzo creditore ipotecario consiste nel pagamento d'una somma di denaro, il creditore sarà ammesso a fare questa prestazione per consolidare la sua ipoteca: egli potrebbe dunque esercitare la ricupera in nome del venditore che gli ha dato un'ipoteca sull'immobile venduto con patto di riscatto (4).

(1) Rigetto 25 gennaio 1847 (DALLOZ, 1847, 4, 342).
(2) VOET, *Commentario*, lib. XX, titolo VI, n. 8.
(3) Confronta MARTOU, t. II, p. 71, n. 969.
(4) VALETTE, *Trattato dei privilegi e delle ipoteche*, p. 204.

III. — Dell'ipoteca consentita dagli amministratori.

483. Vi sono amministratori convenzionali e amministratori legali. Che i primi non abbiano diritto d'ipotecare senza una procura speciale, non vi ha dubbio, poichè lo dice la legge. L'art. 1988 dispone: « Il mandato concepito in termini generali non comprende che gli atti d'amministrazione. Se si tratta d'alienare o di ipotecare il mandato deve essere espresso ». Rimandiamo, quanto al principio, al titolo che è la sede della materia. Bisogna aggiungere che la procura deve essere autentica. È quanto stabilisce l'art. 76.

Fu giudicato che questi principii sono applicabili ai gerenti delle società commerciali, il che è evidente. Infatti, il codice di commercio non dà ai gerenti il diritto d'alienare o d'ipotecare gli immobili della società, e, nel silenzio della legge commerciale, bisogna ricorrere al diritto comune del codice civile. Ora il codice non permette agli amministratori d'ipotecare, poichè esige la capacità d'alienare per poter concedere un'ipoteca (art. 2124; legge ip. art. 73) (1). I gerenti sono mandatarii ordinarii, e quindi devono essere muniti d'un potere speciale e autentico.

484. Accade lo stesso degli amministratori legali? Si legge nell'ultimo trattato pubblicato in materia di ipoteche che, rappresentando la persona di colui di cui amministrano i beni, essi hanno per ciò stesso il diritto d'ipotecare gli immobili di coloro che rappresentano. Non si deroga, si dice, in tal modo al principio che non permette al proprietario d'ipotecare, poichè è il proprietario, che consente l'ipoteca per mezzo del suo rappresentante legale (2). Il principio così enunciato è un errore, ovvero è mal formulato. L'autore dimentica che non basta essere proprietario per avere il diritto d'ipotecare, che bisogna anche avere la capacità d'alienare. Ora, i mandatarii legali rappresentano persone incapaci, assenti, minori, interdetti, donne maritate. Quantunque proprietarii, questi incapaci non possono ipotecare, e i loro rappresentanti non hanno maggior diritto di loro. Per meglio dire essi non rappresentano gli incapaci che per amministrare i loro beni. Come amministratori, essi non hanno altro potere che quello di fare atti d'amministrazione. Se si tratti d'alienare o d'ipotecare, la legge prescrive formalità e condizioni nell'interesse degl'incapaci e per la mancanza di capacità nella persona degli amministratori legali. Dunque, quando questi ipotecano adempiendo le condizioni e le formalità legali, non si può dire che esercitano un diritto che spetta loro nella qualità d'amministratori, perchè, se devono adempiere formalità e condizioni, è precisamente perchè non hanno diritto.

485. Gli immessi nel possesso provvisorio dei beni d'un assente non possono ipotecarli, perchè sono semplici amministratori

(1) Rigetto, 21 aprile 1841 (Dalloz, alla voce *Privilèges*, n. 1223, e 3 maggio 1853 (Dalloz, 1853, 1, 186); Bruxelles, 20 novembre 1872 (*Pasicrisie* 1873, 2, 5).

(2) Pont, t. II, p. leg. n. 633.

(art. 125). Ma può essere necessario vendere gli immobili dell'assente o ipotecarli, o ciò può riuscire almeno molto vantaggioso ai loro interessi. Gli immessi provvisorii, non avendo che un potere d'amministrazione, non possono ipotecare, e il codice civile non indicava alcun mezzo per supplire alla loro incapacità. Questa lacuna è stata colmata dalla legge ipotecaria, la quale reca (art. 75): « L'ipoteca dei beni degli assenti, finchè il loro possesso non è deferito che provvisoriamente, va soggetta alle formalità prescritte pei minori e gli interdetti ». Rimandiamo, pei particolari, a quanto si è detto ai titoli dell'*Assenza* e della *Tutela*.

Se, in caso d'assenza, vi è un coniuge in comunione di beni, la legge gli permette d'impedire l'immissione provvisoria optando per la continuazione della comunione. Quali sono in questi casi i diritti del coniuge, sia sulla comunione, sia sui beni proprii del coniuge assente? Può egli ipotecare? Abbiamo esaminato queste quistioni al titolo che è la sede della materia.

Quando gli aventi diritto domandano l'immissione in possesso definitivo si dividono i beni dell'assente, e la legge li considera come proprietari a riguardo dei terzi. Anche se l'assente vivesse ancora deve rispettare gli atti di disposizione fatti dagli immessi, come le ipoteche da loro concesse.

486. Il tutore è un mandatario legale per eccellenza, poichè la legge dispone ch'egli rappresenta il minore in tutti gli atti civili (art. 450). Tuttavia egli non può ipotecare gli immobili del pupillo che coll'autorizzazione del consiglio di famiglia e l'omologazione del tribunale (art. 457 e 458). Inoltre la legge limita le cause per le quali l'autorizzazione potrà essere accordata. Bisogna che vi sia assoluta necessità o evidente vantaggio. Rimandiamo, pei particolari, al titolo della *Tutela*.

L'interdetto è equiparato al minore per quanto riguarda l'amministrazione dei suoi beni. Gli è per togliere all'alienato una gestione di cui è incapace che la famiglia ha diritto di provocare la sua interdizione. Si applica per conseguenza al tutore dell'interdetto quanto abbiamo detto del tutore dei minori (art. 309). Se gli alienati sono ricoverati in un ospizio o in una casa di salute, la legge affida l'amministrazione dei loro beni ad un amministratore. Abbiamo spiegato la legge del 1859 in un'appendice al titolo della *Tutela*.

Vi è un altro amministratore legale che la dottrina e la giurisprudenza assimilano al tutore: il padre che durante il matrimonio è incaricato d'amministrare i beni dei suoi figli minori. Abbiamo esaminato altrove la difficoltà che presenta l'amministrazione del padre e, per conseguenza, la questione di sapere s'egli può ipotecare.

487. Il marito amministra i beni della comunione, ed è amministratore dei beni della moglie. Abbiamo detto, al titolo del *Contratto di matrimonio*, che il marito può alienare e ipotecare i beni della comunione, di cui è considerato come signore

e padrone (art. 1421), mentre non può alienare gli immobili personali della moglie senza il di lei consenso (art. 1428); donde segue che non può ipotecarli, poichè il diritto d'ipotecare è subordinato alla capacità d'alienare (art. 2124; legge ip. art. 73). Vien derogato al rigore di questo principio colla clausola di mobilizzazione (n. 464). Sotto il regime dotale, i beni della moglie non possono essere nè alienati, nè ipotecati. Tuttavia il marito può divenire proprietario degli immobili dotali (art. 1552, 1553). È sottinteso che, in questo caso, egli può disporne e, per conseguenza, ipotecarli.

N. 3. — **Bisogna avere la capacità d'alienare.**

488. A termini dell'art. 73 (codice civile, art. 2124), « le ipoteche convenzionali non possono essere consentite che da coloro i quali hanno la capacità d'alienare gli immobili che vi sottopongono ». È un'applicazione del principio che l'ipoteca è uno smembramento della proprietà e, per conseguenza, un'alienazione parziale. Ora, per alienare, non basta essere proprietario; bisogna anche avere la capacità di disporre de' proprii beni. Vi sono proprietarii che, per la loro incapacità, non possono alienare. L'incapacità d'alienare importa quella d'ipotecare. Sarebbe così anche quando gli incapaci avessero la facoltà d'obbligarsi, perchè la legge esige più che la capacità d'obbligarsi per poter ipotecare: essa vuole che chi ipoteca sia capace d'alienare. A primo aspetto si potrebbe credere che la capacità d'obbligarsi dovrebbe bastare per poter ipotecare. Vi è uno dei nostri migliori giuristi che lo dice (1). Ma è questo un errore che il testo della legge condanna, poichè il codice esige formalmente la capacità d'alienare. È vero che chi contrae un'obbligazione obbliga i suoi beni (art. 2092, 2093; legge ip. art. 7 e 8), e, per conseguenza, li aliena indirettamente, nel senso che dà ai suoi creditori il diritto di chiederne l'espropriazione. Se può alienarli indirettamente obbligandosi, perchè non potrebbe alienarli parzialmente ipotecandoli? Il creditore ipotecario non ha sui beni ipotecati un diritto più esteso del creditore chirografario in forza del diritto di pegno che la legge gli dà. Dunque, si dice, il diritto d'obbligarsi, implica il diritto d'ipotecare. Rispondiamo che tale non è la teoria della legge, ed essa ha avuto buone ragioni per non consacrarla. Altra cosa è il pegno generale degli art. 2092 e 2093 (legge ip. art. 7 e 8), altra è l'ipoteca. Chi dà un immobile in ipoteca smembra il suo diritto di proprietà: non può più nè godere nè amministrare come proprietario, aliena una frazione del suo diritto, mentre colui il quale si obbliga, può, malgrado il pegno che la legge conferisce ai suoi creditori, disporre liberamente de' suoi beni di cui conserva la proprietà piena ed intatta. Così obbligarsi non è alienare

(1) DURANTON, t. XIX, p. 507, n. 343 e p. 513, n. 347.

attualmente: ipotecare, al contrario, è alienare; donde segue che la facoltà d'obbligarsi non implica il potere d'ipotecare. Questa differenza fra il diritto di obbligarsi e il diritto d'ipotecare è anche razionale. Il diritto d'ipotecare è molto più pericoloso del diritto di obbligarsi. Infatti, esso facilita a chi vuole obbligarsi i mezzi di contrarre debiti, e siccome si tratta d'incapaci, bisogna, anzichè agevolar loro il mezzo di obbligarsi e, per conseguenza, di rovinarsi, mettere inciampi ad una libertà che diverrebbe loro funesta. Il legislatore ha dunque fatto bene vietando loro d'ipotecare, pur permettendo loro di obbligarsi pei bisogni della loro amministrazione; il che non impedirà ad essi d'ipotecare, se ne ritrarranno vantaggio o ciò sia loro necessario. Ma non potranno ipotecare che osservando le condizioni e le forme stabilite dalla legge per proteggerli contro la loro incapacità.

489. Nel nostro diritto i minori e gli interdetti non sono abilitati ad agire da loro soli, ma hanno all'uopo bisogno di un legale rappresentante. Non si può dunque dire che i minori non hanno la capacità d'ipotecare: essi non hanno alcuna capacità, poichè non posseggono l'esercizio dei loro diritti. Bisogna vedere quali sono i diritti del tutore, che li rappresenta in tutti gli atti civili (art. 450). Abbiamo risposto alla richiesta (art. 486), rimandando al libro I del codice civile, ov'è la sede della materia (v. V, n. 93). Se un minore ipotecasse, l'atto sarebbe nullo nella forma (art. 1311), e, per conseguenza, il minore potrebbe chiederne la nullità, provando che non sono state osservate le formalità prescritte dalla legge. I principii sull'azione di nullità che spetta al minore vennero già esposti al titolo delle *Obbligazioni*. Vi ha però un caso in cui i beni del minore possono essere gravati di un'ipoteca generale senza alcuna formalità, quando, cioè, il minore si marita. Ciò può accadere anche nel caso in cui, per eccezione, un minore amministra la tutela, il che la legge non ammette se non pel genitore superstite. L'ipoteca legale non esige il consenso del debitore: è la legge che la stabilisce, e la stabilisce senza la volontà del debitore, e, all'uopo, suo malgrado.

490. Il minore emancipato ha facoltà di obbligarsi pei bisogni della sua amministrazione. Si deve conchiuderne ch'egli abbia il diritto di consentire ipoteche per la garanzia delle obbligazioni che contrae? Abbiamo or ora risposto alla domanda in termini generali (n. 488), e vi rispondemmo altrove più specialmente per quanto riguarda il minore (v. V, n. 233). Crediamo inutile insistere. Se gl'interpreti avessero maggior rispetto per la legge, la questione non sarebbe stata mai sollevata, perchè vi sono due testi che la decidono, l'art. 2124 (legge ip. art. 73) e l'art. 484. Non rimane dunque che dare i motivi che giustificano la legge, come abbiamo fatto testè (n. 488) (1).

---

(1) Confronta Martou, v. III, p. 79, n. 974. Pont, v. II, p. 50, n. 43.

490 *bis*. Il codice di commercio consacra un'eccezione a questi principii in favore dei minori commercianti. Essi possono, in forza dell'autorizzazione generale ad esercitare il commercio, ipotecare i loro beni immobili, ma restano incapaci di alienarli, fuorchè adempiendo le formalità e le condizioni richieste dalla legge civile (art. 6). Si comprende il motivo di questa eccezione. I minori commercianti hanno una capacità più estesa di quella dei minori emancipati in generale: essi possono obbligarsi non solo per l'amministrazione de' loro beni, ma altresì pei bisogni del proprio commercio. Anzichè intralciare questo diritto, la legge ha dovuto favorirlo, una volta riconosciuto che il minore ha la capacità sufficiente. Ora, l' ipoteca può attribuire al minore un credito che non avrebbe se non avesse il diritto di fornire garanzie reali ai suoi creditori. La legge ha dunque dovuto permettergli d'ipotecare benchè mantenga l'incapacità d'alienare gli immobili. Questa distinzione fra l'ipoteca e l'alienazione non è troppo giuridica, e si può soggiungere che il divieto d'alienare gli immobili non è o molto logico, poichè il minore ha la facoltà di disporre di valori immobiliari assai più considerevoli. Il legislatore considera sempre gli immobili come la parte più preziosa del patrimonio dei cittadini.

491. I prodighi e gli infermi di mente non possono ipotecare i loro beni (art. 499 e 513). Qui la legge resta fedele ai principii. Le persone inabilitate non possono alienare, e, per conseguenza, sono incapaci d'ipotecare (v. V, n. 364).

492. Le donne maritate sono colpite d'una incapacità generale in conseguenza della podestà del marito alla quale la legge le sottopone. La legge le dichiara specialmente incapaci d'alienare e d'ipotecare (art. 217). La loro incapacità, sebbene generale, non è però assoluta. Basta ad esse l'autorizzazione maritale per alienare o ipotecare tutti i loro beni. Quando ipotecano, lo fanno ordinariamente nell'interesse del marito, di modo che questo è interessato ad accordare l'autorizzazione. Ne consegue che l'autorizzazione non è una garanzia per la moglie, come lo è l'intervento del consiglio di famiglia per il minore. La sola garanzia che la moglie possa avere è di stipulare il regime dotale sotto il quale i suoi beni dotali sono inalienabili e, per conseguenza, non possono essere ipotecati.

Vi è un regime che dà maggior libertà alla moglie, la separazione dei beni. La moglie amministra liberamente il suo patrimonio, ed è capace d'obbligarsi pei bisogni della sua amministrazione. Ma ha ella, in questo caso, il diritto d' ipotecare i suoi immobili per garanzia delle obbligazioni che contrae? No, perchè resta incapace di alienare gli immobili senza autorizzazione (articoli 1439, 1538). Bisogna dunque applicarle il principio che governa questa materia: incapace d'alienare, è conseguentemente incapace d'ipotecare. Essa si trova, sotto questo rapporto, nella identica situazione del minore emancipato. Può obbligarsi nei limiti del suo diritto d'amministrazione, e obbligandosi, vincola i suoi beni;

ma non le è permesso di obbligarli ipotecariamente. Ne abbiamo già detta la ragione (n. 488).

Le donne commercianti hanno una capacità maggiore di quella dei minori emancipati. Il codice di commercio permette loro d'alienare e d'ipotecare i propri beni immobili (art. 7), a meno che non sieno maritate sotto il regime della dote, che rende i beni dotali inalienabili. È logica la differenza che la legge stabilisce fra le donne ed i minori. Questi sono incapaci per l'inesperienza della loro età, e quindi la legge ha dovuto limitare la capacità relativa che accorda loro. Le donne, al contrario, sono capaci. Se la legge le colpisce d'incapacità, è unicamente in causa della podestà maritale. Questa incapacità è sanata dall'autorizzazione. Ora, le donne non possono esercitare il commercio se non autorizzate; salvo che questa autorizzazione è generale, mentre, secondo il diritto comune, deve essere speciale. L'autorizzazione doveva dunque bastare per rendere la donna commerciante capace d'alienare e d'ipotecare.

493. Quando un incapace consente un'ipoteca l'atto è nullo nella forma, il che attribuisce all'incapace un'azione di nullità fondata sull'inosservanza delle formalità prescritte dalla legge. Gli atti nulli possono essere confermati. È questo il diritto comune. Quale è l'effetto della conferma che un minore consente dopo la sua maggiorità, riguardo agli atti che ha posti in essere prima di confermare l'ipoteca? La questione è controversa. L'abbiamo esaminata al titolo delle *Obbligazioni* (1).

494. Vi sono incapacità speciali concernenti il debitore insolvibile. La sola insolvibilità non genera l'incapacità d'ipotecare. Quantunque il passivo sia superiore all'attivo, il debitore conserva la libera disposizione de' suoi beni: il suo diritto di proprietà non è limitato che nei casi previsti dalla legge. Bisogna però distinguere fra il debitore civile e il debitore commerciante.

Il debitore insolvente non è colpito da alcuna incapacità. Egli può ipotecare i suoi beni e avvantaggiare così uno dei creditori a danno degli altri. Questi hanno soltanto il diritto di chiedere la nullità coll'azione pauliana. Viene però un momento in cui il debitore insolvibile non può più disporre dei suoi beni. La legge del 15 agosto 1854 sull'espropriazione forzata contiene a questo riguardo la seguente disposizione (art. 27): « Il debitore non può, a far tempo dal giorno della trascrizione del sequestro o del precetto, alienare nè ipotecare gli immobili sequestrati o indicati nel precetto, sotto pena di nullità, e senza che vi sia bisogno di farla pronunciare ». Il debitore sequestrato resta proprietario dei beni di cui i creditori chiedono l'espropriazione. Egli dovrebbe dunque avere il diritto di alienarli. Ma, alla loro volta, i creditori esercitano un diritto, e non può dipendere dal debitore l'arrestare gli atti o l'intralciarli alienando l'immobile sequestrato. Ecco ancora un caso in cui il proprietario non può ipotecare. La

(1) Confronta MARTOU, t. III, p. 80, n. 979. PONT, t. II, p. 52, 616.

legge dichiara anzi l'ipoteca nulla di pien diritto. È un'eccezione al diritto comune ed un'eccezione unica. Quale ne è la ragione? In qual senso bisogna intenderla? Quali sono gli effetti della nullità? Tutte queste quistioni sono estranee al nostro lavoro. Rimandiamo il lettore all'eccellente commentario che il nostro compianto collega M. Waelbroeck ha pubblicato sulla legge del 1854 (1).

495. Quale è la situazione del debitore insolvibile che abbandona tutti i suoi beni ai creditori? Uno scrittore risponde che il debitore non può *evidentemente* costituire ipoteca sugli immobili da lui abbandonati (2). Se fosse lecito parlare d'evidenza in una materia controversa, bisognerebbe dire che è evidente l'opinione contraria. Sta il principio che il contratto d'abbandono non trasferisce ai creditori la proprietà dei beni che il debitore cede loro. Quanto alla cessione giudiziaria, la legge dice formalmente ch'essa non è traslativa di proprietà. Se la cessione non trasferisce la proprietà ai creditori, ne consegue che il debitore resta proprietario, e quindi deve avere il diritto d'ipotecare, a meno che la legge non lo colpisca d'incapacità. Ora, la legge non lo dichiara incapace, il che decide la questione.

Un altro autore sembra affermare che il debitore cessa d'essere proprietario quantunque la proprietà non sia trasmessa ai creditori. I beni sono vacanti, dice Tarrible; si nomina loro un curatore (3). Supponendo che i beni sieno vacanti, perchè si nomina un curatore, ciò non proverebbe che il debitore ha cessato di essere proprietario: si nomina un curatore anche all'immobile che il terzo detentore rilascia sulla richiesta dei creditori ipotecari; eppure è certo che il terzo detentore ne resta proprietario. Non è questa la vera difficoltà. L'abbandono che il debitore fa ai creditori dà a questi il diritto di far vendere i beni. Può egli intralciare questo diritto alienando o ipotecando i beni abbandonati? Abbiamo risposto altrove alla questione. La cessione implica un mandato, e il debitore non può far nulla che attenti al potere ch'egli ha dato ai suoi creditori di vendere (v. XVIII, n. 225). Dunque, a riguardo dei creditori, il debitore non può costituire ipoteca. E, a riguardo dei terzi, egli conserva il diritto d'ipotecare. Come conciliare questi due diritti che sono in contraddizione? Avendo il debitore facoltà d'ipotecare, il creditore ipotecario può far valere il suo diritto contro i creditori ai quali vennero abbandonati i beni. Alla loro volta, non possono questi chiedere la nullità dell'ipoteca che il debitore ha consentito in danno dei loro diritti? Essi hanno l'azione pauliana, ma questa azione non giova loro, perchè devono provare che il terzo cre-

---

(1) WAELBROECK, t. II, p. 270, n. 13-16. Bisogna aggiungere due sentenze della Corte di Liegi, del 6 agosto 1859 e del 3 maggio 1871 (*Pasicrisie*, 1861, 2. 178; 1871, 1, 283).

(2) PONT, t. II, p. 58, n. 621.

(3) MERLIN, *Repertorio* alla voce *Inscription hypothécaire*, § IV, n. 6.

ditore è complice della frode, di modo che l'ipoteca sussisterà se il creditore ipotecario è in buona fede. Non si può dire che i creditori hanno il diritto di chiedere la nullità senza essere tenuti a provare la frode? È questa l'opinione da noi enunciata al titolo delle *Obbligazioni*. Vi è un dubbio, cioè che, permettendo ai creditori di chiedere la nullità, il terzo creditore ipotecario perderà il suo diritto, senza che gli si possa rimproverare alcuna imprudenza, supponendo ch'egli abbia trattato nell'ignoranza della cessione (1). Questa obbiezione ci persuade poco. Non è il caso d'applicare i principii dell'azione pauliana. Se la legge esige la frode perchè i creditori possano impugnare gli atti fatti dal loro debitore, è perchè il debitore conserva la libera disposizione dei suoi beni. Egli non s'è obbligato verso i suoi creditori a non ipotecare; mentre il debitore che ha fatto cessione dei suoi beni ha preso questo impegno: egli non è più nella posizione d'un proprietario libero di disporre dei suoi beni; egli ha rinunziato a questa libertà, e coloro a vantaggio dei quali egli l'ha abdicata devono avere il diritto d'impugnare gli atti che fa in ispregio alle loro ragioni. Qui sta il vero nodo della difficoltà. Quale è la natura del diritto che la cessione attribuisce ai creditori? Non è un diritto reale, perchè essi non sono proprietarii e non può parlarsi d'uno smembramento della proprietà. La cessione è un contratto che non genera se non diritti di credito; è un mandato deferito ai creditori nel loro interesse. Ora, il mandato non conferisce ai mandatari che un diritto personale contro il mandante: esso non dà loro alcun diritto sulla cosa. Nella specie, i creditori mandatarii non hanno che un'azione personale contro il debitore che ha fatto loro cessione dei suoi beni; essi non hanno alcun diritto sui beni abbandonati. Non bisogna quindi decidere ch'essi non hanno alcuna azione nè contro i terzi acquirenti nè contro i terzi creditori ipotecarii? I terzi sono estranei al contratto di cessione, e quindi le parti non possono opporlo loro. L'opinione contraria, che noi abbiamo sostenuta al titolo delle *Obbligazioni*, è più conforme all'equità ed all'interesse dei terzi, ma occorrerebbe un testo per consacrarla. In sostanza, vi è una lacuna nella legge. Noi la segnaliamo al legislatore.

496. Il debitore fallito non può più fare alcun atto di disposizione dopo la sentenza dichiarativa del fallimento. Egli è privato dell'amministrazione dei suoi beni nell'interesse della massa, e per conseguenza non può più concedere ipoteca in danno dei creditori del fallimento. La legge va più in là, e dichiara nulle, a riguardo della massa, le ipoteche convenzionali costituite sui beni del fallito dopo l'epoca determinata dalla sentenza dichiarativa di fallimento, siccome quella della cessazione dei pagamenti, o nei dieci giorni precedenti (legge del 18 aprile 1851, art. 445). Rimandiamo, quanto ai particolari, al diritto commerciale.

(1) È la ragione per la quale gli AUBRY e RAU si sono pronunciati in favore del creditore ipotecario (t. III, p. 272, e note 38 e 39, § 266).

§ VII. — *Della specialità delle ipoteche convenzionali.*

N. 1 — Principio.

497. Nell'antico diritto l'ipoteca convenzionale era generale. Ogni contratto stipulato avanti notaio attribuiva al creditore un'ipoteca su tutti i beni del debitore, presenti e futuri. L'ipoteca era ad un tempo occulta e generale, mentre, nel nostro diritto moderno, essa è pubblica e speciale. Sono queste le due tesi del nostro regime ipotecario. Abbiamo detto altrove come gli antichi giureconsulti censurassero già il sistema romano della clandestinità delle ipoteche. Tuttavia il principio della pubblicità stentò a penetrare nelle menti imbevute del rispetto per la tradizione. D'Aguesseau si fece difensore dell'ipoteca occulta che era in completa opposizione coi bisogni della società moderna. La specialità ha un intimo legame colla pubblicità. Questa sarebbe incompleta e insufficiente se non si fondasse sulla specialità che determina i beni ipotecati ed il credito per garanzia del quale l'ipoteca è stabilita. L'interesse che i terzi hanno a conoscere i beni che sono gravati d'ipoteche, e l'importo del credito al pagamento del quale essi sono vincolati, è di tale evidenza che non si poteva negarlo. Loyseau ebbe ad osservarlo nel suo *Traité du déguerpissement;* ma egli non vedeva alcun inconveniente nella generalità dell'ipoteca, per quanto riguarda il debitore. È ragionevolissimo, egli dice, farlo buon pagatore con ogni mezzo (1). Ma ciò non è esatto. Non occorre che l'ipoteca sia generale, perchè dia al creditore una completa garanzia; basta che sia stabilita su beni che abbiano un valore sufficiente ad assicurare il pagamento del credito e delle spese. Quanto al debitore, egli è interessato al pari del terzo a che l'ipoteca non gravi che i beni necessarii alla garanzia del creditore, perchè il suo credito è alterato per ciò solo che i suoi beni sono coperti d'iscrizioni, mentre se l'iscrizione non cade che su determinati beni, gli conserva un credito proporzionato ai beni che restano liberi. Ora, il credito dei proprietarii è la base della ricchezza pubblica. La specialità è dunque d'interesse generale, e per quanto riguarda il debitore e per quanto riguarda i terzi acquirenti o creditori ipotecarii. Se Loyseau non ha compreso questo interesse, è perchè la potenza della tradizione domina i migliori ingegni (v. sopra, n. 161-172).

498. La rivoluzione la ruppe colla tradizione. Per conseguenza essa era disposta ad innovare tanto nel dominio del diritto privato quanto sul terreno politico. Così si spiegano le leggi di messidoro anno III e di brumajo anno VII, che fondarono il regime ipotecario sulle sue vere basi, la specialità e la pubblicità senza tener alcun conto della tradizione romana, che il legislatore rivoluzionario tendeva piuttosto ad infrangere. Ma non tardò a

(1) LOYSEAU, *Du déguerpissement,* lib. III, c. I, n. 14 e seg.

scoppiare la reazione. Il consolato preparò l'impero. Gli autori del progetto di codice civile ritornarono alla tradizione francese. Essi ponevano come principio che l'ipoteca convenzionale doveva estendersi sui beni presenti e futuri del debitore, salvo stipulazione contraria. Fortunatamente la Corte di cassazione si pronunciò vivacemente pel sistema della legge di brumajo (1). La specialità fu consacrata dal codice civile, ma con notevoli restrizioni. Le ipoteche legali e giudiziali erano generali, e la stessa ipoteca convenzionale poteva estendersi ai beni futuri in caso d'insufficienza dei beni presenti. Così la specialità era incompleta come la pubblicità. Il legislatore belga, più logico, ritornò ai veri principii, come erano stati formulati dalla legge di brumajo. La nostra legge ipotecaria sottopone alla pubblicità ed alla specialità le ipoteche legali degli incapaci, abolisce l'ipoteca giudiziale, e respinge l'ipoteca convenzionale dei beni futuri. Nulla n'ha di peggiore delle leggi che cercano di conciliare principii contrari, la specialità e la generalità delle ipoteche, la pubblicità e la clandestinità. Si transige sugli interessi, non si transige sui principii perchè i principii sono la verità relativa, quale è dato all'uomo di conoscere, e quando si conosce la verità, si ha il dovere di proclamarla.

499. La specialità prepara la pubblicità, ma bisogna guardarsi bene dal confondere queste due basi del nostro regime ipotecario. Si può cader in errore e la giurisprudenza non ha sempre evitato lo scoglio. Vi è un primo punto sul quale non sorge alcun dubbio. La legge belga al pari del codice civile vuole che l'atto notarile, che constata il contratto, specializzi l'ipoteca, e vuole anche che l'iscrizione sia speciale. Dovrà dirsi per questo che la specialità del contratto ipotecario non serve che a preparare la specialità dell'iscrizione? Se fosse così, la specialità dell'iscrizione sarebbe lo scopo, e la specialità dell'atto notarile sarebbe il mezzo; donde seguirebbe che lo scopo della specialità sarebbe raggiunto quando l'iscrizione specializzasse l'ipoteca, anche se il contratto ipotecario avesse ommesso di specializzarla o non l'avesse specializzata sufficientemente. I testi del codice respingono questa interpretazione. Vi sono due principii: la specialità e la pubblicità, e quantunque questi principii concorrano allo stesso scopo, essi sono distinti e diversi. L'articolo 78 dispone: « *Non è valida l' ipoteca convenzionale* se non dichiara specialmente la natura e la situazione di ciascuno degli immobili sui quali il debitore consente l'ipoteca ». Così l'ipoteca è nulla quando l'atto notarile non specializza gli immobili sui quali essa è stabilita. È nulla ancora, secondo l'articolo 80, quando l'atto non determina la somma per la quale è consentita. Ora, l'ipoteca nulla non produce alcun effetto. Invano il creditore, al momento in cui prende iscrizione, specializzerebbe i beni e la somma: l'iscrizione sarebbe inefficace, perchè sarebbe presa in forza di un

(1) Osservazioni del tribunale di cassazione, in Fenet, t. II, pag. 615 e seg.

diritto che non esiste. Infatti, l'iscrizione non è che la manifestazione dell'ipoteca, ch'essa rende pubblica nell'interesse dei terzi. Essa suppone dunque un diritto preesistente che si tratta di conservare, come dice la legge della pubblicità dei privilegi. Ove non v'ha diritto, l'iscrizione non può conservar nulla. Se è presa, è fatta senza diritto; il proprietario dei beni indebitamente gravati può chiederne la radiazione, e il tribunale deve pronunciarla (art. 95; codice civile, art. 2160). La dottrina e la giurisprudenza sono in questo senso (1).

Se l'iscrizione, sebbene regolare, non convalida l'ipoteca nulla per mancanza di specialità, è evidente che la validità dell'ipoteca non toglie che l'iscrizione sia nulla quando non specializza sufficientemente gli immobili e il credito. I terzi non consultano l'atto notarile che costituisce l'ipoteca; consultano il registro che la rende pubblica. Dal momento che l'iscrizione è irregolare e ne risulta un danno pei terzi, questi possono chiederne la nullità, il che toglie ogni efficacia all'ipoteca.

500 L'atto ipotecario può essere nullo e può essere nulla l'iscrizione per mancanza di specialità. Ecco, apparentemente, una completa analogia; eppure vi ha notevole differenza. La legge ipotecaria stabilisce il principio che l'irregolarità dell'iscrizione non importa la nullità se non quando ne risulta un pregiudizio pei terzi (art. 85). Questo principio non è applicabile alla mancanza di specialità nel contratto ipotecario. Basta che l'atto non specializzi l'ipoteca perchè la medesima sia nulla. Gli articoli 78 e 80 (codice civile, art. 2129 e 2132) non subordinano la nullità dell'ipoteca ad un danno che ne risulti pei terzi. Per ciò solo che l'ipoteca non è stata specializzata è nulla. La ragione di tale divario dipende dalla differenza dei due principii di specialità e di pubblicità. L'ipoteca non è valida che a condizione d'essere speciale. Quanto alla pubblicità, essa non è richiesta per la validità dell'ipoteca; ma suppone, al contrario, che l'ipoteca sia valida, salvo che ne subordina gli effetti all'iscrizione. La pubblicità è destinata ad illuminare i terzi. Se è insufficiente e, per conseguenza, i terzi siano indotti in errore, questi possono chiedere la nullità dell'iscrizione provando che l'irregolarità ha recato loro un danno. Non accade lo stesso dell'irregolarità dell'atto ipotecario. Questa non è una quistione di danno perchè i terzi non trattano dopo aver consultato l'atto; il più delle volte non lo conoscono. È una questione di validità d'un atto che la legge sottopone a condizioni ed a formalità per un interesse generale.

501. L'ipoteca deve essere specializzata quanto agli immobili, che ne sono gravati e rispetto al credito per garanzia del quale è consentita. Ne abbiamo già detta la ragione.

---

(1) PONT, t. II, p. 109, n. 672. Cassazione, 8 febbraio 1810 (DALLOZ, alla voce *Privilèges*, n. 1292). Rigetto, 18 dicembre 1822 (DALLOZ, *ibid.* n. 1296), e Rigetto, 26 aprile 1852, sezione civile (DALLOZ, 1853, 131).

N. 2. — **Della specialità rispetto ai beni.**

502. In che consiste la specialità rispetto ai beni? L'atto notarile deve dichiarare specialmente la natura e la situazione di ciascuno degli immobili attualmente appartenenti al debitore sui quali questi consente l'ipoteca del credito (art. 78; codice civile, art. 2129). Bisogna che la specializzazione si faccia con atto notarile. Il debitore deve dichiarare quali beni ipoteca, e questa dichiarazione deve trovarsi «sia nel titolo autentico costitutivo del credito, sia in atto autentico posteriore», vale a dire nel contratto ipotecario, quando è distinto dal contratto principale, e, al rigore, in un atto separato, che specializzasse gli immobili, atto che sarebbe il seguito e il complemento di quello che ha costituito l'ipoteca. È sottinteso che l'ipoteca non esisterebbe, in questo caso, che a partire dall'atto che completa il contratto. Perchè la legge vuole che la specializzazione si faccia nella forma autentica? È una conseguenza della solennità dell'atto. Tutti gli elementi del contratto devono essere solenni (n. 438), e quindi anche la specialità. Se la specializzazione si facesse con atto privato, sarebbe nulla nella forma e, per conseguenza, inesistente; donde seguirebbe che anche l'ipoteca sarebbe inesistente.

La legge soggiunge che il debitore non può dichiarare se non i beni che gli appartengono attualmente. Abbiamo già spiegato questo principio esponendo le condizioni di capacità richieste perchè il debitore possa ipotecare (n. 475 e 476). Non è necessario che il debitore possegga i beni nel momento in cui li ipoteca; basta che egli abbia un'azione in forza della quale sarà dichiarato proprietario.

Su che deve cadere la dichiarazione? L'atto deve dichiarare la *natura* e la *situazione* di *ciascuno* degli immobili che il debitore ipoteca, e l'articolo 78 vuole che questa dichiarazione sia *speciale*. La legge non dice che cosa si deve intendere per *natura* dei beni. L'articolo 2148, che regola le formalità dell'iscrizione, si serviva della parola *specie*. La legge belga (art. 83) usa la parola *natura* in tutti gli articoli che riguardano la specializzazione. È detto in una sentenza della Corte di cassazione che con queste parole la legge intende lo stato della superficie degli immobili, ossia a qual uso servono, il che equivale a dire che l'atto deve designare i fabbricati, cortili, giardini, terreni colti o incolti, e questa designazione deve farsi per *ciascuno* degli immobili. In tal senso, essa sarà *speciale*, come vuole la legge (1). La *situazione* è più facile a definirsi se si tratta di un edificio posto in una città o in un comune rurale, in cui le case portano un numero: l'atto indicherà il comune, la via e il numero. Ove non vi sono nè vie nè numeri, l'atto dovrà determinare la situazione in modo che l'immobile ipotecato sia chiaramente designato. Se il fondo ha un nome, come si usa in campagna, il no-

(1) Cassazione, 30 febbraio 1810 (DALLOZ, alla voce *Privilèges*, n. 1292).

taio lo indicherà. È il miglior mezzo per farlo conoscere, ma ciò non dispensa il notaio dall'indicare la *situazione* in modo *speciale*. Così dispone formalmente la legge, e lo prescrive a pena di nullità (1).

503. L'applicazione della legge riguardante le indicazioni che costituiscono la specialità ha dato luogo a numerose difficoltà. Quando la specializzazione è sufficiente? Se gli interpreti si attenessero al testo della legge, la soluzione sarebbe facilissima, perchè l'articolo 2129 (legge ip., art. 78) è molto chiaro. Disgraziatamente i giudici amano decidere in fatto, e quando l'applicazione letterale della legge pare loro troppo rigorosa, si studiano di eluderla. Vi sono autori che approvano questo sistema indulgente ed accusano di cavillo e di spirito di puntiglio coloro i quali applicano la legge com'è senza curarsi delle conseguenze rigorose che ne risultano. Il Troplong dimentica che si fa il processo alla legge allontanandosi da quanto essa prescrive, e che il dovere del giudice è d'applicare la legge, non di giudicarla. Questo è il nostro principio d'interpretazione, e noi non ne conosciamo altro che si concilii col rispetto che l'interprete deve alla legge (2). Diremo più avanti come gli autori della legge belga abbiano consacrato tale principio, mantenendo in questa materia il rigore del codice civile.

504. Il contratto reca che l'ipoteca è costituita su tutti i beni che il debitore possiede nel territorio d'un determinato comune. È questa la specialità voluta dalla legge? Basta confrontare il contratto col testo per convincersi che la legge non è osservata. Anzichè indicare la *natura* dei beni sui quali il debitore consente l'ipoteca, l'atto è assolutamente muto sulla natura dei beni ipotecati. È ciò che ha detto la Corte suprema cassando una sentenza che aveva convalidato l'ipoteca (3). La Corte ha giudicato così ripetutamente in base alla legge 11 brumajo anno VII, e, cosa notevole, questa legge era meno rigorosa del codice Napoleone. Essa disponeva (art. 4): « Ogni stipulazione d'ipoteca deve indicare la *natura* e la situazione degli immobili ipotecati ». Il codice civile ha aggiunto a questo testo due parole decisive. L'atto deve dichiarare *specialmente* la natura e la situazione di *ciascuno* degli immobili sui quali il debitore consente l'ipoteca. È quanto dire che la specializzazione deve essere individuale. Ciò risulta anche dalla frase che segue nell'art. 2129: « Ogni suo bene presente può essere *nominativamente* soggetto all'ipoteca ». Queste parole non sono state riprodotte dalla legge belga, non perchè il legislatore abbia inteso allontanarsi dal rigore del codice civile; chè anzi ha manifestato una volontà tutta contraria. Se questa parte dell'art. 2129 fu ommessa, è

---

(1) DURANTON, t. XIX, pag. 580, n. 373.
(2) TROPLONG, t. II, n. 336, 2.°
(3) Cassazione, 23 agosto 1808 e 20 febbraio 1810 (DALLOZ, alla voce *Privilèges*, n. 1292).

perchè era inutile. Però essa precisava ancor più che cosa la legge intende per specialità. Ogni immobile ipotecato deve essere designato separatamente, colla natura del suo uso e colla sua situazione. Qualsiasi altra designazione è insufficiente e importa la nullità dell'ipoteca.

La Corte di cassazione ha mantenuto la sua giurisprudenza quando è stata chiamata a decidere la questione secondo il codice civile, ma la redazione delle sentenze manifesta una specie di rilassamento. Una decisione della Corte di Caen aveva annullata un'ipoteca pel motivo che l'atto recava semplicemente che l'ipoteca era stabilita su case e terre situate nel circondario dell'ufficio. Sul ricorso, la Cassazione pronunciò una sentenza di rigetto la quale si limita a dire che la Corte d'appello non aveva violato alcuna legge (1). Bisognava dire che la sentenza impugnata aveva fatta una giusta interpretazione dell'art. 2129.

Citeremo ancora un'eccellente sentenza della Corte d'Aix: L'atto diceva che il debitore ipotecava i beni rustici che possedeva nei territorii dei due comuni e le case « nel recinto dei detti luoghi ». Si pretendeva che questa specializzazione fosse sufficiente. No, dice la Corte. È una designazione indeterminata di *beni rustici* e di *case* che non fa conoscere se i beni rustici sono terre aratorie, boschi, praterie, frutteti o lande, se le case servono all'abitazione, o se sono magazzini o fabbriche. Se, soggiunge la sentenza, si potesse vagamente ipotecare tutti i beni che si posseggono in un dato comune, si potrebbe farlo egualmente per tutti i beni che si posseggono in un dato circondario ed in un dato dipartimento. Così interpretata, la specialità non sarebbe che una vana parola (2).

505. Le Corti d'appello hanno quasi sempre resistito ad una interpretazione rigorosa della legge. Sentiamo le loro ragioni. Un atto reca costituzione d'ipoteca sui beni situati in un determinato comune, domicilio del costituente. È dichiarare sufficientemente, dice la Corte di Riom, quali sono ipotecati, perchè tutti coloro i quali, posteriormente a quest'atto, trattavano col debitore erano prevenuti che tutti i beni ch'egli possedeva nel suo comune erano gravati d'ipoteche (3). Ciò non è esatto, perchè il debitore poteva acquistare nuovi beni nello stesso comune. Come mai i terzi avrebbero distinto, in questo caso, i beni che erano ipotecati da quelli che non lo erano? La Corte dimentica d'altronde l'interesse del debitore. Quale credito avrà egli pei beni che acquisterà? I terzi che consulteranno i registri del conservatore dovranno credere che tutti i beni del debitore sono gravati, e per sapere che ve ne sono dei liberi, dovranno darsi a ricerche,

---

(1) Rigetto, 19 febbraio 1828 (Dalloz, alla voce *Priviléges*, n. 1292). Confronta Cassazione, 26 aprile 1852 (Dalloz, 1852, 1, 131).

(2) Aix, 30 agosto 1809 (Dalloz, alla voce *Priviléges*, n. 1292).

(3) Riom, 15 aprile 1836 (Dalloz, alla voce *Priviléges*, n. 1292). Confronta Grenoble, 27 luglio 1819 (*ibid.*).

consultare titoli, discuterli. È questo che ha voluto il legislatore collo stabilire il principio della specialtà?

Le Corti sembrano preoccuparsi esclusivamente dell'interesse dei terzi. Si legge in una sentenza della Corte di Nancy che i terzi interessati non furono indotti in errore, poichè l'iscrizione presa sui registri del conservatore apprese loro che tutti i beni del debitore erano gravati d'ipoteca (1). Supponendo che ciò sia esatto, la giurisprudenza sarebbe ancora contraria alla legge. Essa confonde l'iscrizione ipotecaria col contratto di ipoteca. Noi abbiamo fatto risaltare le differenze che sono essenziali (n. 499 e 500). Quando si tratta dell'iscrizione, le Corti hanno ragione d'esaminare se la pubblicità data all'ipoteca fa conoscere sufficientemente ai terzi quali beni sono gravati, o se, per mancanza di specialità, sono stati indotti in errore, e se, per conseguenza, l'iscrizione è o no valida. Accade tutto altrimenti quando si tratta del contratto d'ipoteca. Qui il giudice è vincolato da un testo assoluto, che statuisce per un interesse generale, quello del credito immobiliare, e che esige, come condizione essenziale per la validità dell'ipoteca, ch'essa sia speciale. E la legge determina in modo preciso in che consiste la specialità. Occorre una designazione individuale e nominativa di ogni immobile ipotecato. In mancanza di questa specializzazione, l'ipoteca è nulla. Invece dicono le Corti che l'iscrizione, conforme all'atto, ha sufficientemente fatto conoscere ai terzi quali sono i beni ipotecati, e che sarebbe assurdo annullare l'ipoteca per mancanza di specialità, quando essa è sufficientemente specializzata, nel senso che l'interesse dei terzi è tutelato. Rispondiamo che il rimprovero d'un rigore eccessivo va diretto al legislatore. Il testo è formale: bisognerebbe cambiarlo per giustificare la giurisprudenza, il che condanna la dottrina delle sentenze. Vi ha di più. Le Corti non tengono alcun conto di uno dei motivi pei quali la legge ha stabilito la specialità, il credito del proprietario, e questo interesse è anche quello della società. La legge non vuole che il debitore ipotechi in blocco tutti i beni che possiede; vuole che l'ipoteca non gravi che i beni necessarii alla garanzia del creditore. Non vi ha che un mezzo per raggiungere questo scopo: richiamare l'attenzione del debitore su ciascuno degli immobili ch'egli dà in ipoteca, obbligandolo a designarli nominativamente. Egli potrà così riservarsi dei beni liberi che gli permetteranno di contrarre nuovi mutui. Le Corti si sono dunque ingannate considerando unicamente l'interesse dei terzi che contrattano col debitore. Il legislatore ha stabilito la specialità per un interesse generale. La legge è d'ordine pubblico, e quindi il giudice non ha che una cosa a vedere: L'atto risponde, sì o no, alle esigenze precise della legge? Se no, deve annullare l'ipoteca (2).

---

(1) Nancy, 30 maggio 1843 (Dalloz, alla voce *Privilèges*, n. 1292 . Confronta Rennes, 2 giugno 1824 (*ibid.*).

(2) Aubry e Rau, t. III, p. 278, nota 58, § 266. Pont, t. II, p. 110, n. 664

506. Vi è una formula usitatissima, che, in apparenza, rispetta la legge, ma, in realtà, la viola. Il debitore costituisce un'ipoteca « sulla casa, gli edifizi, cortili, giardini, terre e vigne che gli appartengono nel tal comune ». Vi sono formole più lunghe. Troplong dice che i notai indicano a caso ogni sorta d'immobili, di modo che accade che il debitore ipotechi specie di beni che non possiede. La formola, ossia il notaio, ha l'aria di assoggettarsi alla specialità minuziosa che la legge esige, ma, in sostanza, se ne ride e la riduce ad uno scherzo puerile. Troplong ne conchiude che l'enumerazione è inutile. Noi ne deduciamo invece che è insufficiente, e che, se i notai rispettassero la legge, indicherebbero nominativamente ciascuno degli immobili ipotecati, specializzandolo secondo la sua natura e la sua situazione, il che non permetterebbe loro di ridersi della legge. Eppure la giurisprudenza si contenta di questo scherzo. Le sentenze si limitano a dire che l'atto, il quale reca che gli immobili ipotecati consistono in case, prati e terre situati nel tal comune, adempie sufficientemente il voto dell'art. 2129 (1). Questo non è motivare, ma affermare, e l'affermazione sta in opposizione diretta colla legge.

La Corte di cassazione ha prestato l'appoggio della sua autorità a questo rilassamento. Un contratto ipotecario dice che il debitore vincola alla garanzia dell'apertura di credito « gli intieri beni immobili ch'egli possiede e di cui gode, a qualsivoglia titolo, consistenti in case ed edifici diversi, manifatture, officine, rimesse, appezzamenti di terra a coltivo, vigne ed altre sorta di proprietà, il tutto situato sul territorio di due comuni designati nell'atto ». L'ipoteca impugnata fu mantenuta dalla Corte di Montpellier. Il ricorso venne respinto dalla sezione delle richieste. La Cassazione osserva, come fanno le Corti d'appello, che l'enumerazione dei diversi immobili ipotecati ha soddisfatto sufficientemente alle prescrizioni della legge. Diciamo che è un'enumerazione; ma la legge vuole di più, vuole una specializzazione di *ciascuno* degli immobili indicandone nominativamente la *natura* e la *situazione*. Così la Corte ritiene sufficiente una specialità che la legge dichiara insufficiente. La Corte soggiunge che « il giudice del merito, apprezzando che le indicazioni date dal titolo erano sufficienti *per avvertire i terzi* d'una situazione che non si voleva nè si poteva dissimular loro, ha fatto delle circostanze della causa un apprezzamento sovrano che non cade sotto la censura del magistrato di cassazione » (2). Ritorneremo su quest'ultimo punto. Constatiamo soltanto che la Corte conferma l'errore che ha trascinato i giudici del fatto in questa materia. Se l'interesse dei terzi decide della validità del-

(1) TROPLONG, n. 536, 2. Parigi, 10 giugno 1812. Metz, 21 maggio 1813. Riom, 31 agosto 1816 (DALLOZ, alla voce *Privilèges*, n. 1294, 1). Parigi 21 febbraio 1850 (DALLOZ, 1852, 5, 305).

(2) Rigetto, 12 marzo 1867 (DALLOZ, 1867, 1, 347). Confronta Rigetto, 25 novembre 1868 (DALLOZ, 1869, 1, 149).

l'ipoteca, è inutile discutere sulla specialità di questa. Essa sarà valida quando sarà constatato che i terzi non sono stati indotti in errore. Resta a sapere se tale sia il senso della legge. Crediamo di aver dimostrato il contrario.

507. Le Corti del Belgio ed il legislatore belga sono rimasti fedeli ai veri principii. Un atto reca che due coniugi costituiscono un'ipoteca « sulla generalità degli immobili loro appartenenti, posti ad Habay-La-Neuve e nel territorio di questo comune, consistenti in due case d'abitazione situate sulla strada maestra e unite fra loro, con scuderie, edifizi e giardini contigui, oltre a terre coltivate e praterie ». La Corte di Liegi dice benissimo che la designazione degli immobili ipotecati era sufficiente, ma, per ciò stesso, non lo era quella delle terre coltive e delle praterie. Infatti, invece di dichiarare *specialmente* la natura e la situazione di *ciascuna* delle terre e praterie, il titolo non le designava che *generalmente* e in *massa*. « Una tale designazione, osserva la Corte, può tanto meno bastare nella specie in quanto non si tratta d'un corpo coltivabile portante una denominazione speciale, ma di tante particelle distinte e staccate » (1). Ritorneremo su quest'ultimo punto.

La decisione venne pronunciata sotto l'impero della nuova legge ipotecaria. La Corte non invoca le relazioni che l'hanno preceduta, e ha fatto bene, perchè il testo basta, ed è il testo che decide, non la discussione. Tuttavia è opportuno far conoscere l'opinione emessa nelle relazioni. È un'autorità morale che si avrebbe torto di trascurare in una materia in cui la giurisprudenza si è così sovente allontanata dalla legge. Nella relazione della commissione speciale che ha preparato il progetto di legge sta scritto: « Il principio della specialità è consacrato dall'art. 2129. Ma la giurisprudenza l'ha interpretato in senso diverso. *Contrariamente al voto nettamente espresso dalla legge*, essa è giunta fino a permettere d'ipotecare tutti i beni situati in un comune designato senz'altra specializzazione che quella della natura di questi beni. *Ciò è disconoscere lo spirito della legge*. Eppure la *precisione dei termini* di cui essa si serve non può lasciare *alcun dubbio* sulla sua volontà, e deve far respingere una interpretazione il cui errore è evidente. Perciò la commissione propone il mantenimento puro e semplice della prima disposizione dell'art. 2129 ».

La commissione della camera dei rappresentanti si è pronunciata nello stesso senso: « Essa è d'avviso che, per realizzare il sistema della specialità i cui vantaggi sono riconosciuti bisogna attenersi al tenore chiaro e preciso della legge; che per conseguenza non si potrebbe considerare come valida una costituzione d'ipoteca la quale colpisse tutti i beni che il debitore possiede in un determinato comune » (2).

(1) Liegi, 15 gennaio 1859 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 152).

(2) Relazione della commissione speciale (PARENT, p. 40). LELIÈVRE, Relazione (PARENT, p. 144).

L'interpretazione è precisa quanto il testo. Disgraziatamente essa non ha alcuna autorità legale. È per questo che abbiamo creduto dover entrare nei particolari della giurisprudenza per farne una critica ragionata. L'opinione della commissione però ha lasciato una traccia nella legge, e importa constatarlo, perchè l'argomento letterale ha maggiore importanza delle dottrine professate nelle relazioni. L'art. 2148, che determina le specialità dell'iscrizione, non esige che una menzione della *specie* e della situazione dei beni, senza riprodurre la disposizione più rigorosa dell'art. 2129, che vuole inoltre la designazione *speciale* e *nominativa* della *natura* di *ciascun* immobile. Si invocava questa differenza di redazione per spiegare l'art. 2129 coll'art. 2148. Era un pessimo ragionamento, perchè questi due articoli regolano due condizioni diverse sebbene concorrano entrambe allo stesso scopo, la specialità e la pubblicità. Il legislatore belga ha tolto questo pretesto alla giurisprudenza riproducendo nell'art. 83 (codice civile, art. 2148) i termini dell'art. 78 (codice civile, art. 2129). Infatti, il n. 5 dell'art. 83 reca che l'iscrizione deve contenere « l'indicazione speciale della *natura* e della situazione di *ciascuno* degli immobili sui quali l'iscrivente intende conservare la sua ipoteca ». Questa redazione, dando un'autorità legale all'interpretazione degli autori della legge, conferma quanto abbiamo detto della differenza che esiste fra la pubblicità e la specialità. L'iscrizione ha per oggetto di *conservare* l'ipoteca. Essa suppone dunque un'ipoteca esistente ed efficace. È quanto dire che la validità dell'ipoteca non deve essere determinata dalla validità dell'iscrizione. Questa potrebbe essere valida, quand'anche non specializzasse in alcun modo l'ipoteca, mentre l'ipoteca sarebbe certamente nulla se l'atto si limitasse a dire che il debitore ipoteca tutti i suoi beni.

508. Si presentano molti dubbii anche nell'applicazione del principio. Richiamiamo su questo punto l'attenzione dei notai. È la redazione insufficiente dei loro atti che fa nascere le liti, eppure si è affidata ad essi la redazione dei contratti ipotecarii precisamente per assicurarne la validità. Perchè si attengono alla lettera della legge? È un mezzo così semplice di prevenire ogni difficoltà, e di mettersi nel tempo stesso al coperto da un'azione di responsabilità.

Il Lelièvre dice nella sua relazione: « Va da sè che, se si tratta d'un fondo, corpo d'affittanza o mezzadria, basterà enunciarne il *nome* e la situazione, designando le diverse parti che lo compongono ». Il relatore invoca, in appoggio di questa interpretazione, l'art. 64 del codice di procedura, che è così concepito: « In materia reale le citazioni enunceranno la *natura* del fondo, il comune e, per quanto è possibile, la frazione in cui è posto, e almeno due dei confini; se si tratta d'un *domaine,* corpo d'affittanza, o mezzadria, basterà designarne il *nome* e la *situazione* ». Noi accettiamo l'argomentazione analogica per quanto riguarda la *regola*, ma non si può ammetterla per l'eccezione

che la commissione vi vuol apportare in quanto riguarda i *domaines;* è certo che la disposizione dell'art. 64 è eccezionale, ed anche l'interpretazione dell'art. 2129 (legge ip. art. 78) che si propone sarebbe un'eccezione. Infatti, la legge non distingue; essa comprende tutti gli *immobili*, e quindi anche i *domaines*, e vuole che l'atto indichi la *natura* di *ciascuno* degli immobili e che questa indicazione sia *speciale*, *nominativa*. Dire che basta la designazione del *nome* quando si tratta d'una *domaine* con una indicazione *generale* dei beni che lo compongono, è derogare alla legge, è fare un' eccezione, e chi dà all'interprete il diritto di derogare alla legge?

Eppure tale è l'opinione generalmente seguìta. Essa fu già proposta da Tarrible. Egli non esige che una condizione, che le terre dipendenti, contigue o separate sieno chiaramente designate. È una universalità di fatto, dicono gli editori di Zachariæ (1). Questa parola *universalità* fa uno strano contrasto con quella di designazione speciale. Dire che *ciascuno* degli immobili deve essere *nominativamente* designato non significa escludere una denominazione generale? Lo spirito della legge vi si oppone al pari del testo. Avviene tutti i giorni che il proprietario d'un fondo lo estenda con nuovi acquisti. Se l'iscrizione, conforme all'atto, concerne tutto il fondo, sembrerà che comprenda questi nuovi acquisti, quantunque in realtà non li comprenda. Come si distinguerà la parte del fondo che è ipotecata da quella che non lo è? L'incertezza che l'atto e l'iscrizione lasciano sussistere a questo riguardo è incompatibile col principio di specialità.

509. Vi è un'altra difficoltà più grave. Si insegna e la giurisprudenza ammette che i giudici del fatto hanno in questa materia un potere d'apprezzamento che sfugge al controllo della Corte di cassazione. L'apprezzamento dei tribunali è sovrano quando decidono in fatto. Ma la specialità delle ipoteche è forse una questione di fatto? No, certo, poichè si tratta di uno dei principii fondamentali del regime ipotecario. E la prova che la Corte suprema non intende abdicare al controllo che le appartiene è ch'essa ha cassato sentenze che avevano convalidato l'ipoteca decidendo che era specializzata nell'atto, mentre la Corte suprema l'ha annullata per mancanza di specialità. Quando il primo giudice decide in fatto, la Corte di cassazione non ha da esercitare alcun controllo. Accade altrimenti quando decide in diritto. La legge vuole che il titolo designi la *natura* di ciascun immobile senza specificare che cosa s'intende per natura. È sottinteso che non può essere questione di termini sacramentali quando la legge non dice che cosa si deve intendere per *natura* dell'immobile. A maggior ragione gli è così della situazione dell'immobile. Ciò che è di diritto si è che l'atto designi la situazione di ciascun immobile. In fatto, il giudice deciderà se la designazione fa sufficientemente conoscere la situazione.

(1) Vedi le fonti in AUBRY e RAU, t. III, p. 279, nota 59, § 266.

Ma può darsi che il giudice dia alla sua decisione il colore d'un apprezzamento di fatto per sfuggire alla censura della Corte suprema. Dal momento che la sentenza cade sopra un punto di diritto è soggetta a cassazione (1).

Si tratta di sapere se certi immobili sono compresi fra quelli colpiti d'ipoteca. La questione, per sè, prova che la legge non è stata osservata. Se gli atti indicassero *specialmente* la *natura* e la *situazione* di *ciascun immobile* ipotecato, in modo da individualizzare ciascuno dei beni che il debitore ha inteso ipotecare, non sorgerebbe mai difficoltà sugli immobili che sono stati dati in ipoteca. Si legge in una sentenza di rigetto « che la difficoltà si riduceva al punto di sapere se gli immobili che si voleva sottrarre all'ipoteca erano distinti, o, al contrario, una dipendenza degli immobili designati; che alle Corti d'appello spetta risolvere la questione di sapere se la natura e la situazione dei beni sono sufficientemente enunciate nei titoli, e se i beni sono individualizzati *in modo da prevenire ogni errore da parte dei terzi* » (2). La questione, nella specie, era di fatto, ma cosa singolare, la Corte ne fa una questione di diritto, pur rimettendosi all'apprezzamento del tribunale, perchè la controversia sulla specialità dell'ipoteca si aggira precisamente sul punto di sapere se la sufficienza o l'insufficienza delle designazioni portate nell'atto dipendono dall'interesse dei terzi. Ecco certamente una questione di diritto, e, per questo titolo, la Corte suprema avrebbe il diritto di cassare una sentenza che convalidasse una ipoteca, pel solo motivo che la specializzazione non ha potuto indurre i terzi in errore. Invece di emendare l'errore dei primi giudici, la Corte suprema lo fortifica colla sua autorità. Tale è la decisione che abbiamo riportato più sopra facendo le nostre riserve (n. 506). La Corte di Montpellier aveva convalidato una specializzazione concepita nei termini che gli autori della legge belga hanno ripudiati come evidentemente contrarii alla legge. Eppure la Corte di cassazione ha confermato la sentenza impugnata, pel motivo, che noi pure consideriamo erroneo, che il giudice del merito aveva apprezzato sovranamente che l'indicazione dei beni dati dal titolo era sufficiente *per avvertire i terzi*. Se si estendesse tant'oltre il potere d'apprezzamento dei tribunali, ne risulterebbe che non vi sarebbe più specialità.

510. Abbiamo detto più sopra (n. 499) che l'insufficienza della specializzazione non è sanata all'iscrizione che fosse conforme alla legge. La dottrina e la giurisprudenza sono d'accordo su questo punto. Eppure scrittori esattissimi, i signori Aubry e Rau, insegnano che accade altrimenti d'una designazione soltanto insufficiente degli immobili compresi in una costituzione d'altronde speciale. Domanderemo anzitutto come una costituzione d'ipo-

---

(1) PONT, t. II, p. 113, n. 675. AUBRY e RAU, t. III, p. 280, e note 60-62, e le autorità che citano.

(2) Rigetto, 8 aprile 1844 (DALLOZ, alla voce *Privilèges*, n. 1295, 2). Confronta Rigetto, 6 aprile 1841 (*ibid.*), 10 febbraio 1829 (DALLOZ, *ibid.*, n. 1290).

teca può essere *speciale* quando la designazione degli immobili è insufficiente. Sarebbe una specializzazione insufficiente, vale a dire nulla, e, quindi, l'ipoteca sarebbe nulla. E l'iscrizione di un' ipoteca nulla può convalidare l'ipoteca? Gli editori di Zachariæ soggiungono che il debitore non potrebbe prevalersi di questo vizio, e che la nullità potrebbe essere riparata, quanto ai terzi, mercè indicazioni più complete date nell'iscrizione. Su che si fonda questa eccezione, perchè si tratta di un'eccezione? Si cita una sentenza della Corte di Pau la quale non dice quello che gli scrittori sembrano attribuirle, e che, in ogni caso, non ha alcuna autorità, poichè è contraria alla legge. L'atto litigioso recava che il debitore ipotecava i beni situati nel tal comune, *come erano designati e confrontati nel catasto* (1). È questa una specialità semplicemente insufficiente? Rispondiamo, senza esitare, cogli autori della legge belga, ch'essa è nulla, siccome contraria al testo formale della legge. Quello che la Corte soggiunge per convalidare la specializzazione non fa che aggravare il vizio da cui è affetta. Era facile, essa dice, al creditore avere una cognizione esatta e certa degli immobili ipotecati ricorrendo al catasto, e il debitore (che invocava la nullità) non può prevalersi d'una designazione insufficiente. Il compilatore ha ragione di dire che vi è in ciò un duplice errore. Anzitutto il debitore può, come diremo, chiedere la nullità dell' ipoteca per mancanza di specialità. Infatti, la specialità non riguarda soltanto il creditore; la legge ne fa la base del regime ipotecario, il che è quanto dire ch'essa è essenzialmente d'ordine pubblico. In secondo luogo, l'art. 2129 vuole che la specializzazione si faccia nel titolo costituitivo dell'obbligazione principale o dell'ipoteca. Con qual diritto la Corte permette al redattore dell'atto di riferirsi al catasto? L'iscrizione, nella specie, non specializzava l'ipoteca, come suppongono i signori Aubry e Rau, e quando l'avesse fatto, domanderemo loro ancora con qual diritto essi creano un'eccezione alla legge, la quale esige come condizione d'esistenza dell'ipoteca, ch'essa sia specializzata nell'atto che la costituisce? Su qual legge, su qual principio è fondata questa eccezione? E può darsi un'eccezione senza testo in una materia d'ordine pubblico?

511. Quale è la conseguenza della mancanza di specialità? Per principio, non vi ha dubbio. La nostra legge ipotecaria non ammette che ipoteche speciali. Dunque dire che una ipoteca non è speciale significa che non esiste, che la legge non la riconosce. Il testo e lo spirito della legge sono in questo senso. L'art. 78 (codice civile art. 2129) dispone che l'ipoteca convenzionale non è valida se non dichiara specialmente i beni sui quali è costituita. Non bisogna attenersi alla parola *valida* per indurne che la specialità è richiesta soltanto per la *validità* dell'ipoteca, e non

(1) Pau, 23 agosto 1834 (Dalloz, alla voce *Rente constituée*, n. 202, 1.°) Confronta la critica di Dalloz, alla voce *Privilèges*, n. 1293.

per la sua *esistenza*. Questa terminologia appartiene alla scuola; essa è estranea alla legge. Quello che, nel linguaggio scolastico, si dice *inesistente* è chiamato dal codice *nullo*, o *nullo di pien diritto*, come l'atto *valido* è quello che ha un'esistenza agli occhi della legge e che, inoltre, non è affetto da alcuna nullità. Un atto che non è valido è dunque quello che non produce alcun effetto. Lo spirito della legge non lascia alcun dubbio su questo punto. La specialità è d'ordine pubblico, e quindi dell'essenza dell' ipoteca. Un' ipoteca non speciale non è un'ipoteca.

La dottrina è in questo senso, a voler fare astrazione dalla terminologia. Grenier comincia col dire che un'ipoteca generale è nulla, poi soggiunge che non produrrebbe alcun effetto. Sono questi i termini dell'art. 1131; essi implicano che l'ipoteca non specializzata non ha esistenza agli occhi della legge. Martou insegna che, se la specialità manca o è giudicata insufficiente, l'ipoteca è *radicalmente nulla*, siccome mancante d'una delle condizioni sostanziali della sua *esistenza* (1). È appunto quello che si dice un atto inesistente.

512. La giurisprudenza non si preoccupa delle teorie della scuola. Essa ha dovuto però pronunciarsi sulla nullità radicale dell'ipoteca, quando vi è mancanza o insufficienza di specialità. Si tratta di sapere chi può invocare la nullità e l'inesistenza dell'ipoteca. I terzi hanno indubbiamente questo diritto, poichè nella pratica si considera la specialità come stabilita sopratutto e quasi esclusivamente nell'interesse dei terzi. Ma si domanda se il debitore può chiedere la nullità. La soluzione dipende dal carattere della medesima. Se si ammette, come abbiamo affermato, che l'ipoteca è inesistente, la conseguenza sarà che ogni persona interessata, e quindi anche il debitore, potrà sempre opporre che l'ipoteca non esiste. Quand'anche vi fosse nullità propriamente detta, bisognerebbe ancora decidere ch'essa è assoluta, poichè è d'ordine pubblico, il che conduce alla stessa conseguenza per quanto riguarda il debitore (2). Ma se la specialità non ha per oggetto che di tutelare gl'interessi dei terzi che trattano col debitore, bisogna indurne che la nullità è relativa, e che, per conseguenza, non può essere opposta dal debitore. Quest'ultima opinione sembra prevalere nella giurisprudenza.

La Corte di Tolosa, pronunciandosi contro il debitore, invoca anzitutto l'equità naturale. A nostro avviso, essa va lasciata da banda quando è in opposizione col diritto. Diremo più avanti quando si può conciliarla col rigore dei principii. Poi la Corte dice che per regola le nullità relative non possono essere opposte se n n da coloro in favore dei quali la legge ha introdotto la disposizione la cui omissione dà luogo alla nullità (3).

---

(1) GRENIER, t. I, p. 84, n. 65. MARTOU, t. III, p. 98, n. 999.

(2) MARTOU, t. III, p. 93, n. 999. AUBRY e RAU, t. III, p. 280, nota 63, § 266.

(3) Tolosa, 6 marzo 1819 (DALLOZ, alla voce *Priviléges*, n. 1299, 1.º). Confronta Gand, 25 gennaio 1839 (*Pasicrisie*, 1839, 2 13).

Ciò è verissimo, ma resta a provarsi che la nullità risultante dalla mancanza o dall'insufficienza di specialità è relativa. La giurisprudenza, anche quella della Corte di cassazione, non parla che dell'interesse dei terzi. Abbiamo già dimostrato che questo apprezzamento è incompleto. La legge tien conto di tutti gli interessi, e tutti gli interessi si confondono in un solo, quello della società; il che decide la nostra questione. Vi ha una sentenza della Corte di Bourges in questo senso (1).

513. Quale sarà la conseguenza dell'annullamento dell'ipoteca, per quanto riguarda il creditore? Potrà egli chiedere il rimborso del credito od una nuova ipoteca? La giurisprudenza è divisa sulla quistione, al pari degli scrittori: i più si pronunziano contro il creditore. Noi crediamo, con Persil, che il creditore ha un'azione per ottenere un'ipoteca o la risoluzione del contratto, e per conseguenza il rimborso del proprio credito (2). Persil invoca l'intenzione delle parti contraenti. Quella del mutuante è stata certamente d'avere un'ipoteca la quale gli assicurasse la restituzione dei denari prestati, e il debitore non ha ricevuto i denari che sotto questa condizione. Vi ha dunque obbligazione, e questa convenzione deve essere eseguita. La Corte di Bruxelles ha giudicato in tal senso (3).

Troplong fa un'obbiezione che ci meraviglia veder riprodotta da valenti scrittori. L'ipoteca è nulla: essa non può essere sostituita per solo fatto del giudice, giacchè le sentenze non creano le convenzioni, ma soltanto le dichiarano. E che si fa qui? Si costringe il debitore ad accordare una cosa diversa da quella promessa. L'argomentazione è assai debole. Che cosa ha promesso il debitore? Un'ipoteca nulla? Egli ha voluto dare al creditore una garanzia seria, ed è ordinariamente quando si vuol darla troppo forte ch'essa si trova nulla. Il debitore costituisce in ipoteca tutti i suoi beni senza nulla specializzare. Quale è il senso di questa obbligazione? Che il debitore intende fornire al creditore una garanzia più estesa che sia possibile. Se questa ipoteca è nulla, si dirà che non si può costringere il debitore a specializzare, perchè lo si obbligherebbe ad accordare una cosa diversa da quella che ha promesso? Ciò non ha senso perchè è quanto dire ch'egli ha promesso una garanzia nulla e che il creditore se ne è contentato. Si dice che è colpa del creditore l'aver stipulato o almeno l'aver accettato un'ipoteca generale. Domanderemo se sono le parti che redigono l'atto. Le parti vogliono una garanzia reale, e quindi un'ipoteca valida. È per colpa del notaio ch'essa è nulla. S'egli avesse fatto conoscere la legge alle parti contraenti, queste avrebbero

---

(1) Bourges, 17 gennaio 1816 (DALLOZ, alla voce *Privilèges*, n. 1300).

(2) PERSIL, t. I, p. 442, art. 2129, n. 1. Confronta GRENIER, t. I, n. 67. In senso contrario, MARTOU, t. III, p. 99, n. 1000; PONT, t. II, p. 113, n. 678, e TROPLONG, n. 515.

(3) Bruxelles, 27 giugno 1821 (*Pasicrisie*, 1821, p. 412). In senso contrario Aix, 16 agosto 1811 (DALLOZ, alla voce *Privilèges*, n. 1346).

certamente specializzato l'ipoteca. La loro intenzione non è dunque dubbia. La sola difficoltà sta nel sapere se questa intenzione può ricevere esecuzione quando l'ipoteca è nulla. Si è detto che, essendo il contratto colpito da una nullità radicale, non può risultarne alcuna azione a vantaggio del creditore. Ciò è troppo assoluto. Il contratto ipotecario implica un'obbligazione del debitore di fornire una garanzia ipotecaria. È sotto questa condizione che le parti contrattano. Invece d'una garanzia reale, il debitore, senza volerlo, fornisce una garanzia nulla. Che cosa è nullo? L'ipoteca, non l'obbligazione di fornire una garanzia. Questa obbligazione sussiste. Sarebbe non solo contrario all'equità, ma anche alla volontà delle parti contraenti che il debitore potesse ritenere i denari quando non adempie le condizioni sotto le quali gli furono prestati. Bisogna dunque ch'egli soddisfi a questa condizione specializzando l'ipoteca, e che rimborsi i denari ricevuti.

N. 3. — Conseguenza della specialità.

I. — Dell'ipoteca dei beni futuri.

514. A termini dell'art. 78 i beni futuri non possono essere ipotecati. E' una conseguenza evidente del principio di specialità poichè il debitore non può ipotecare se non i beni che gli appartengono attualmente; non gli è permesso ipotecare beni che non ha ancora. Quali sarebbero questi beni futuri? Non può trattarsi che dei beni che gli perverranno per successione. Questi beni non sono che una speranza, e non si ipotecano speranze. Se il creditore se ne contenta, sarà a condizioni rovinose pel debitore. Quali sono coloro che scontano così l'avvenire? Non certo i buoni padri di famiglia, ma i prodighi, spendono anticipatamente beni che non hanno ancora. Il legislatore non doveva favorire queste rovinose speculazioni. I principii di diritto vi si oppongono. Ipotecare i beni futuri vuol dire disporre dei beni che si attendono da una successione futura, cioè fare un patto successorio. Questi patti sono immorali. Talvolta il legislatore si rassegna ad approvarli, ma allorchè tali convenzioni sono funeste per l'una delle parti contraenti, maggiore è la ragione per mantenere il divieto, estendendolo, se occorra.

515. Il codice civile stabilisce lo stesso principio, ma vi ammetteva un'eccezione, così concepita (art. 2130): « Tuttavia, se i beni presenti e liberi del debitore sono insufficienti per la sicurtà del credito, egli può, esprimendo questa insufficienza, consentire che ciascuno dei beni che acquisterà in seguito vi sia vincolato, a misura degli acquisti ». Perchè questa disposizione non è stata riprodotta dal legislatore belga? La commissione speciale ne ha proposto la soppressione, anzitutto perchè essa permetteva al debitore di costituire un'ipoteca generale sui suoi beni presenti e futuri, colla semplice dichiara

zione che i primi erano insufficienti, il che è contrario ad un principio fondamentale della nuova legge, la quale abolisce ogni ipoteca generale, anche quando l'ipoteca sia stabilita in favore di incapaci. Si è detto, per difendere l'eccezione ammessa dal codice civile, ch'essa permetteva al debitore di procurarsi sui beni futuri un credito che i suoi beni attuali non gli davano; il che può essere un mezzo di ristabilire i suoi affari.

La commissione risponde che l'eccezione serve piuttosto a fomentare la prodigalità e favorisce l'usura. È l'esperienza che ha constatato questo fatto, od un semplice timore? Non lo sappiamo. Il Leliévre dice, nella sua relazione alla camera, che l'esperienza ha dimostrato i serii inconvenienti risultanti dalla facoltà accordata al debitore d'ipotecare i beni futuri. Essa favorisce passioni sulle quali certi mutuanti non temono di speculare (1).

Se è così, il legislatore ha avuto ragione di proibire in modo assoluto l'ipoteca dei beni futuri. Egli non deve procurare agli uomini il mezzo di rovinarsi.

II. — Del caso in cui l'ipoteca diviene insufficiente.

516. L'ipoteca speciale presenta un pericolo, cioè che i beni i quali, al momento del contratto, erano bastevoli per la sicurtà del creditore, possono divenire insufficienti. Ne risulta un diritto pel creditore contro il debitore? Sì: a termini dell'articolo 79 (codice civile, art. 2131), « se gli immobili vincolati all'ipoteca sono periti od hanno subìto deterioramenti, in modo da essere divenuti insufficienti per la garanzia del creditore », questi ha, in tal caso, diritto di reclamare il rimborso del proprio credito.

A primo aspetto, il diritto che la legge accorda al creditore pare contrario alla legge del contratto. L'ipoteca è stata stipulata e accettata dal creditore, e quindi il debitore ha adempite tutte le sue obbligazioni. Si concepisce che il creditore abbia azione contro di lui quando, per fatto suo, il debitore ha diminuito le garanzie che, col contratto, aveva date al creditore. È il caso previsto dall'articolo 1188. Egli perde il beneficio del termine, perchè manca alle sue obbligazioni. Ma se le adempie, e, per caso fortuito, i beni ipotecati periscono o sono deteriorati, non vi ha alcun rimprovero da fare al debitore. Eppure la legge decide, senza distinguere se il debitore è o non è in colpa, ch'egli può essere costretto al rimborso. Vi ha di ciò una ragione giuridica che è decisiva, cioè che l'ipoteca è la condizione sotto la quale il creditore ha trattato, la condizione sotto la quale ha fatto le anticipazioni. Senza la garanzia ipotecaria, egli non avrebbe contrattato. Dunque, se questa garanzia è distrutta o diminuita,

---

(1) Relazione della commissione speciale (PARENT, p. 40 e seg.). LELIÉVRE, Relazione (PARENT, p. 144). Confronta PONT, t. II, p. 115, n. 681.

il creditore deve avere il diritto di chiedere la risoluzione del contratto, ossia il rimborso del proprio credito. Poco importa che il debitore non sia in colpa. Non è men vero ch'egli non può approfittare d'un contratto che il creditore non avrebbe consentito senza una garanzia reale (1).

517. Nondimeno il creditore non ha diritto di chiedere il rimborso in tutti i casi in cui le sicurtà promesse diventano insufficienti. Bisogna che l'insufficienza provenga dalla perdita degli immobili o dal loro deterioramento che implica una perdita parziale. Così è l'insufficienza materiale degli immobili ipotecati che, sola, legittima l'azione di rimborso: se gli immobili, pur conservando la loro integrità, hanno accidentalmente perduto del loro valore, il creditore non ha alcun diritto. Rivoluzioni, crisi industriali, guerre diminuiscono il valore della proprietà fondiaria. Talvolta lavori pubblici, vie di comunicazione, che aumentano la prosperità e la ricchezza in una parte del paese, hanno un' influenza affatto contraria sopra un'altra parte, facendo disertare vie già frequentatissime. Ecco accidenti che si potrebbero paragonare ad una perdita parziale. Perchè il legislatore non ne tiene alcun conto? Perchè il deprezzamento non è puramente accidentale come il deterioramento. Questo non potrebbe essere previsto, mentre il creditore sa che, se di regola gli immobili aumentano di valore, possono anche sopravvenire cause che importino almeno provvisoriamente una *minusvalenza* Spetta a lui fare questi calcoli e stipulare una garanzia ipotecaria che resti sufficiente anche se sopravvenisse un deprezzamento dei beni. Se non lo fa, è in colpa, e sarebbe anzi contrario al diritto e all'equità rendere il debitore responsabile d'un fatto che deve essere imputato all'imprevidenza del creditore (2).

518. A maggior ragione il creditore non ha azione quando l'insufficienza esisteva già al momento del contratto. Il testo è così formale che ogni dubbio sembra impossibile. Bisogna, secondo l'articolo 79 (codice civile, art. 2131), che gli immobili abbiano subìto deterioramenti; e non si può certo dire, che immobili già deteriorati al momento in cui sono colpiti d'ipoteca, subiscano deterioramenti. La legge soggiunge che in conseguenza di questi deterioramenti gli immobili devono essere *ritenuti insufficienti* per la sicurtà del creditore, il che implica ancora che la causa e l'effetto sono posteriori al contratto. Se il creditore si appaga di un' ipoteca insufficiente, di che si lagnerebbe? D'una insufficienza che conosceva o che doveva conoscere? Ciò non ha senso. Eppure si è trovata una Corte la quale ha deciso che il creditore poteva esigere il rimborso, per mancanza di garanzia sufficiente, in un caso in cui questa insufficienza esisteva fin dal principio e non era cresciuta dopo il contratto. Tutti gli

(1) MARTOU, t. III, p. 107, n. 1005.
(2) DURANTON, t. XIX, p. 596, n. 382. PONT, t. II, p. 126, n. 693.

autori hanno censurata la sentenza della Corte di Riom (1). Crediamo inutile rinnovare una questione che è risolta dal testo stesso della legge.

519. Non basta che il deterioramento sia posteriore al contratto perchè il creditore possa chiedere il rimborso: bisogna che questi deterioramenti non siano stati previsti al momento del contratto. La legge non lo dice, ma risulta dal motivo sul quale è fondato il diritto del creditore. S'egli può chiedere il rimborso del suo credito, è perchè la legge del contratto è violata quando gli immobili ipotecati diventano insufficienti. Ora, si può dire che le convenzioni delle parti sono alterate, quando contrattando hanno saputo che gli immobili perderebbero del loro valore? Chi stipula un'ipoteca sopra un bosco, una miniera od una cava, sa che il valore della cosa sarà diminuito dall' uso che il debitore ha il diritto di continuare. Spetta a lui fare conseguentemente le sue stipulazioni. Non si può nè anche dire che questi siano *deterioramenti*. Il debitore non deteriora un bene cogli atti di godimento che ha il diritto di fare; l'immobile resta intatto, quantunque diminuisca di valore. Molto meno ancora vi ha *perdita* quando l' ipoteca costituita sopra un immobile indiviso viene a cadere in conseguenza della divisione o della licitazione. Così è stato giudicato, e la questione non avrebbe dovuto essere portata avanti i tribunali. Il creditore sa che la validità della sua ipoteca è subordinata al risultato della divisione. La legge gli dà il mezzo di tutelare i suoi interessi intervenendo. Dunque tutto è previsto, convenuto. Il creditore non può lagnarsi che la legge del contratto sia violata (2).

520. Non basta il deterioramento dell' immobile ipotecato perchè il creditore possa chiedere il rimborso, bisogna che sia divenuto insufficiente per la garanzia del creditore. Se, malgrado il deterioramento, il valore dell'immobile lascia una piena garanzia al creditore, questi non può lagnarsi, perchè è senza interesse. È soltanto quando l'immobile deteriorato non ha più un valore che sia in relazione coll'importo del credito che il creditore ha diritto di chiederne il rimborso. Quando si può dire che le sicurtà sono insufficienti? È una questione di fatto. I periti saranno incaricati di valutare l' immobile, e il giudice deciderà di conseguenza. L'articolo 1188, che prevede un caso analogo, si serve di un' espressione più generale. Quando il debitore *diminuisce le sicurtà* che ha date col suo contratto al creditore, questi può chiedere il rimborso. Or, la diminuzione delle sicurtà può esistere senza che vi sia deterioramento: donde difficoltà che abbiamo esaminate al titolo delle *Obbligazioni*.

Esse non si presentano nel caso previsto dall' articolo 79 (codice civile, art. 2131). Le parole *deterioramento* e *perdita* non

---

(1) Duranton, t. XIX, p. 597, n. 383, e tutti gli scrittori.
(2) Pont, t. II, p. 127, n. 693. Martou, t. III, p. 107, n. 1007.

lasciano alcun dubbio. Esse implicano un' alterazione materiale, una distruzione totale o parziale dell'immobile.

521. Un immobile è espropriato per causa di pubblica utilità, e per conseguenza l'ipoteca viene a cadere. È come se la cosa venisse a perire: essa perisce pel creditore, poichè è posta fuori di commercio. Il creditore avrà diritto di farsi pagare prima della scadenza, esercitando il suo regresso sull'indennità? O può il debitore invocare l'articolo 79 (codice civile, art. 2131), e offrire al creditore un' altra ipoteca? La Corte di Liegi si è pronunciata in quest'ultimo senso, applicando i principii generali al caso d' espropriazione. La sua decisione venne cassata. La questione deve essere decisa, non secondo il diritto comune, ma secondo le regole speciali che governano l'espropriazione per causa di pubblica utilità. Ora, in forza della legge del 17 aprile 1835, l' indennità sostituisce l' immobile per quanto riguarda i diritti dei terzi. Il creditore ipotecario esercita dunque i suoi diritti sull' indennità, senza che il debitore possa offrirgli un' altra ipoteca. Sarebbe cambiare la legge del contratto sotto il pretesto di rispettarla (1).

522. L'immobile viene distrutto da un incendio. Se fosse assicurato, il diritto del creditore ipotecario si eserciterà sull' indennità pagata dalla compagnia d' assicurazione? La questione, controversa sotto l'impero del codice civile, è decisa dalla legge belga (art. 10). Ritorneremo su questa disposizione, trattando dell'estinzione delle ipoteche.

523. Qual'è il diritto del creditore quando i beni ipotecati sono divenuti insufficienti in conseguenza di perdita o di deterioramento? La questione era controversa sotto l' impero del codice civile. Gli uni dicevano che il creditore aveva la scelta, che poteva chiedere il rimborso del suo credito o un supplemento d'ipoteca. Altri affermavano che il diritto di fornire un supplemento d'ipoteca era una facoltà pel debitore, più che un diritto pel creditore (2). La legge belga ha consacrato quest' ultima opinione, che, a nostro avviso, è la migliore. Perchè la legge dà un'azione al creditore? Perchè la legge del contratto è rotta. Ora, quando la condizione sotto la quale il creditore ha contrattato non viene adempita, egli ha diritto di chiedere la risoluzione della convenzione, vale a dire il rimborso del credito. Invano si dice che il creditore può anche domandare l'esecuzione del contratto, conformemente all' articolo 1384. Rispondiamo che l' articolo 79 (codice civile, art. 2131) non è un' applicazione della condizione risolutiva tacita, perchè non si può dire che il debitore non ha eseguito la sua obbligazione. Egli l'ha adempita, poichè ha fornito al creditore la garanzia reale che questi aveva stipulata

(1) Cassazione, 26 luglio 1850 (*Pasicrisie*, 1851, 1, 138). Martou, t. III, p. 108, n. 1009.

(2) Pont, t. II, p. 129 e seg. e le autorità che cita p. 130, nota 2. Vedi le sentenze nel *Repertorio* di Dalloz, alla voce *Privilèges*, n. 1333 e 1338.

Bisogna dunque lasciar da parte l'articolo 1184 e decidere che il contratto è rotto perchè il creditore non gode più della garanzia reale che era la condizione del contratto. La conseguenza si è, come dice l'articolo 79, che il creditore ha diritto di chiedere il rimborso del suo credito.

Resta a sapere se il debitore può offrire al creditore un supplemento d'ipoteca per evitare il rimborso. L'articolo 79 risponde che « il debitore potrà offrire un supplemento d'ipoteca se la perdita o i deterioramenti hanno avuto luogo senza sua colpa ». E' una facoltà pel debitore, non un diritto pel creditore. Abbiamo già spiegato perchè il creditore non può chiedere un supplemento d'ipoteca, anche quando il debitore ha, per fatto suo, diminuito la sicurtà che aveva data al suo creditore. E' sempre vero il dire che il debitore ha adempito le sue obbligazioni fornendo le garanzie stipulate dal creditore. Se in seguito egli diminuisce queste sicurtà per fatto suo, rompe il contratto, e quindi il creditore ha il diritto di chiederne la risoluzione. D'altronde la legge non poteva costringere il debitore a dare un supplemento d'ipoteca. Può accadere ch'egli non abbia immobili o che non voglia ipotecarli, e siccome si tratta d'una obbligazione di fare, la legge non può costringervelo. Dunque il supplemento d'ipoteca non poteva essere che una facoltà pel debitore. Quando gode egli di questo diritto? La legge distingue. Se è per fatto suo che ha deteriorato l'immobile ipotecato, egli è in colpa, e la sua colpa non può attribuirgli un diritto. Se è senza sua colpa che gli immobili sono periti, o sono stati deteriorati, l'equità esige ch'egli possa fornire un supplemento d'ipoteca. Egli ristabilisce così la legge del contratto ch'era stata rotta da un caso fortuito.

524. Va da sè che il supplemento d'ipoteca che il debitore ha il diritto d'offrire al creditore è una nuova ipoteca.

Occorre dunque un nuovo atto, una nuova iscrizione, e il credito non prenderà grado che a partire dall'iscrizione. Se l'immobile fosse già gravato d'iscrizioni che non lasciassero sicurtà sufficiente al creditore, questi avrà il diritto di rifiutare l'offerta che gli fa il debitore. L'ipoteca che il debitore offre come supplemento deve naturalmente procurare al creditore una vera garanzia. In caso di rifiuto del creditore, il giudice deciderà (1).

N. 4. — Della specialità quanto al credito.

I. — Principio.

525. « L'ipoteca convenzionale non è valida se non in quanto la somma, per la quale è consentita, sia determinata nell'atto » (art. 80; codice civile, art. 2132). È il secondo elemento della specialità. Essa non è completa e non raggiunge il suo scopo che quando l'atto determina ad un tempo gli immobili sui quali l'ipoteca è stabilita e l'importo del credito che l'ipoteca è

---

(1) PONT, t. II, p. 130, n. 696.

destinata a garantire. I terzi non sarebbero che a metà illuminati sulla situazione ipotecaria del loro debitore se non sapessero al giusto la somma per la quale i suoi beni sono gravati, e il debitore non avrebbe il credito di cui può ancora godere, malgrado le ipoteche che gravano i suoi beni, se non potesse stabilire coll'atto ipotecario che gli immobili ipotecati hanno un valore maggiore dell'importo dei suoi debiti.

Il principio della specialità è identico, si tratti del credito o dei beni. Bisogna che la somma sia determinata nell'atto, dice l'articolo 80 (codice civile, art. 2132), ossia, come spiega l'articolo 78 (codice civile, art. 2129), nel titolo autentico costitutivo del credito, se l'ipoteca è costituita nello stesso atto, o in un atto autentico posteriore, se l'ipoteca è costituita con un atto separato. La specializzazione del credito è dunque soggetta alla solennità, come la specializzazione degli immobili, ed è ugualmente sostanziale. Non vi ha ipoteca quando il credito non è specializzato, come non vi ha ipoteca quando gli immobili non sono designati specialmente. Tutto quanto abbiamo detto della specialità concernente gli immobili si applica alla specialità relativa al credito.

526. Il principio della specialità è tolto al codice civile. Vi è però un punto sul quale la legge belga ha derogato al diritto francese. Quando il credito è certo rispetto alla sua esistenza e quanto al suo importo, la specializzazione è semplicissima. Essa risulta dall'atto stesso che constata l'obbligazione se l'ipoteca è costituita in quell'atto; che se l'ipoteca è stabilita da un atto posteriore, si richiamerà in questo atto la somma per la quale l'immobile è gravato.

Il credito può essere condizionale per la sua esistenza, pur avendo per oggetto una somma determinata. Questo caso non differisce da quello che costituisce la regola generale. Solo la legge vuole che la condizione sia menzionata nell'iscrizione ipotecaria. La disposizione sarebbe stata meglio collocata all'articolo 83 (codice civile, art. 2148), che enumera tutte le menzioni che deve contenere l'iscrizione ipotecaria. Queste menzioni sono prescritte nell'interesse dei terzi, e i terzi sono particolarmente interessati a sapere se il credito è condizionale, poichè la condizione sospende gli effetti dell'obbligazione e, per conseguenza, l'ipoteca, di modo che se la condizione non si compie, non vi sarà mai stata nè obbligazione principale nè obbligazione accessoria.

L'articolo 80 non parla dei crediti indeterminati, come faceva l'articolo 2132 del codice civile. Secondo quest'ultima disposizione, i crediti indeterminati pel valore non avevano d'uopo di essere specializzati dall'atto costitutivo dell'ipoteca. Soltanto il creditore non poteva chiedere l'iscrizione dell'ipoteca che fino a concorrenza d'un valore estimativo da lui dichiarato espressamente, e che il debitore aveva diritto di far ridurre, ove del caso. La legge belga pone come regola assoluta che il *credito* sia determinato nell'atto. Se dunque è indeterminato, le parti contraenti

dovranno farne la valutazione. Occorre all'uopo il concorso delle volontà del debitore e del creditore. Ecco alcunchè di più logico e più semplice del sistema del codice. La specializzazione del credito è un elemento essenziale del contratto ipotecario. Ora, tutti gli elementi d'un contratto devono essere convenuti fra le parti. Non si concepisce che il creditore, colla sola sua volontà, determini la somma per la quale i beni del debitore saranno gravati, come non può dipendere da lui determinare gli immobili che saranno colpiti dall'ipoteca. Anche il codice dava al debitore il diritto di far ridurre l'iscrizione presa dal creditore. Era meglio esigere il concorso delle volontà delle parti nell'atto che costituisce l'ipoteca. È vero che le parti possono fare una valutazione inesatta, perchè è difficile determinare anticipatamente l'importo d'un credito eventuale. Tale sarebbe quello per danni ed interessi che anche al giudice illuminato da una perizia o da un'inchiesta è difficile stimare. Se la valutazione è eccessiva o insufficiente, le parti non potranno ritornare sulla loro convenzione fuorchè per mutuo consenso. È un inconveniente, ma inevitabile, poichè risulta dalla natura stessa del credito per garanzia del quale l'ipoteca è stabilita (1).

527. Si può costituire ipoteca per un debito futuro? La questione era controversa sotto l'impero del codice civile. La nuova legge non la risolve espressamente; ma disponendo che è valida l'ipoteca consentita per garanzia di un'apertura di credito, l'articolo 80 decide implicitamente che l'ipoteca d'un debito futuro è efficace; poichè l'apertura di credito è un mutuo che l'accreditato realizza a seconda dei suoi bisogni. Quello che la legge dice dell'apertura di credito s'applica dunque ad ogni debito futuro. La commissione speciale ha svolti egregiamente i motivi che giustificano il principio consacrato dall'articolo 80 (2). Contro la validità dell' ipoteca d' un debito futuro si obbiettava il principio formulato dall'articolo 1174, che ogni obbligazione è nulla quando sia stata contratta sotto una condizione potestativa da parte di colui che si obbliga. Se ne induceva che l'obbligazione di rimborsare i mutui futuri è nulla, poichè dipende dalla realizzazione di questi mutui, e la realizzazione dipende dalla sola volontà dell'obbligato, quindi da una condizione potestativa. L'obbligazione principale essendo nulla, ne conseguiva che anche il contratto accessorio d'ipoteca era colpito di nullità. La commissione risponde che questa interpretazione dell' articolo 1174 è erronea. L'articolo 1174 dice soltanto che non vi ha obbligazione quando è lasciato alla semplice volontà di colui che s'obbliga di essere obbligato, oppur no. Pertanto è nulla l'obbligazione di chi si impegna dove lo voglia, e parimenti non si

---

(1) Lelièvre, Relazione (Parent, p. 84). Martou, t. III, p. 114, n. 1015. Confronta Aubry e Rau, t III, p. 277, nota 57, § 266, Pont, t. II, p. 137, n. 703-706.

(2) Relazione della commissione speciale (Parent, p. 41 e seg.)

può costituire un'ipoteca sotto una simile condizione. Altra cosa è la costituzione di un'ipoteca da valere nell'ipotesi in cui taluno contrarrà poi una obbligazione valida. Nessun principio s'oppone a che si conceda ipoteca per una obbligazione futura. È vero che l'ipoteca non esisterà che quando il debito sia contratto, ed è quindi in facoltà di colui che l'ha costituita il non obbligarsi. Risponde la commissione che egli, se contrae il debito, non può impedire che i beni dati in ipoteca non siano ipotecati. Perciò l'ipoteca non dipende da una condizione puramente potestativa. Il debitore è vincolato: egli non può obbligarsi senza che i suoi beni siano colpiti da ipoteca.

Quale sarà il grado dell'ipoteca consentita per un debito futuro? La commissione risponde che l'ipoteca non prenderà grado che dal giorno in cui sarà stata contratta l'obbligazione principale. Finchè non vi ha obbligazione principale non può esservi obbligazione accessoria. La commissione soggiunge che l'ipoteca non potrà essere iscritta se non quando l'obbligazione principale sia sorta e constatata autenticamente. Su questo punto, abbiamo qualche dubbio. Anzitutto non vediamo perche l'obbligazione futura debba essere constatata autenticamente. Quando l'obbligazione precede l'ipoteca, può risultare da un atto privato. L'obbligazione non è un atto solenne; è l'ipoteca che deve essere ricevuta nella forma autentica, e tutto ciò che la legge esige si è che nell'atto autentico sia indicata la somma. Ora se l'obbligazione resta soggetta al diritto comune quando è contratta prima dell'atto ipotecario, perchè diverrebbe solenne quando è contratta dopo la costituzione dell'ipoteca? Supponiamo sempre che l'atto ipotecario determini la somma per cui l'ipoteca è consentita, come esige l'articolo 80.

Se l'ipoteca può essere validamente costituita per un debito futuro, perchè non potrebbe essere iscritta? Il creditore può prendere iscrizione per ogni ipoteca valida. È vero che l'ipoteca, quantunque iscritta, non prenderà grado che a partire dal giorno in cui l'obbligazione sarà contratta, perchè non potrebbe esservi ipoteca senza obbligazione principale. Ne consegue che il creditore non ha alcun interesse a prendere iscrizione e, nell'interesse dei terzi, sarebbe stato utile formulare in legge l'opinione enunciata dalla commissione. Ma la legge è muta su questo punto, e non sappiamo con qual diritto il conservatore rifiuterebbe d'iscrivere un'ipoteca che il debitore ha validamente consentita (1).

II. — Dell'ipoteca consentita per l'apertura di un credito.

528. Apertura di credito è la convenzione colla quale un banchiere si obbliga a fornire ad una persona che si chiama l'accreditato, fondi o effetti negoziabili fino a concorrenza d'una determinata somma. Può essere costituita un'ipoteca per ga-

(1) In senso contrario, Liegi, 26 novembre 1823 (*Pasicrisie*, 1823, p. 538).

ranzia di un'apertura di credito? La questione era controversa sotto l'impero del codice civile, sebbene generalmente decisa nel senso della validità dell'ipoteca. Questa opinione è stata consacrata dalla legge belga. L'articolo 80 dispone: « L'ipoteca consentita per garanzia dell'apertura di un credito fino a concorrenza d'una determinata somma che taluno si obbliga a fornire, è valida ». Il motivo di dubitare era fondato sull'articolo 1174. Vi abbiamo risposto testè. Bisogna aggiungere che l'apertura di credito differisce in un punto essenziale da un debito futuro, perchè il futuro mutuante, il banchiere, contrae una obbligazione attuale, quella di tenere a disposizione dell'accreditato la somma per la quale il credito è stato aperto. Il banchiere non può più disporne. Questa obbligazione essendo attuale, è giusto che il banchiere abbia una garanzia fin dall'apertura del credito, poichè da quel momento egli si priva della disponibilità della somma che tiene in deposito, e che l'accreditato può reclamargli il giorno stesso del contratto. Senza dubbio dipende sempre dall'accreditato usare o non usare del credito, ma ciò non rende facoltativa la costituzione dell'ipoteca. In fatto è certo che l'accreditato userà del credito, perchè non è per non usarne ch'egli ha stipulato, e che ha accordato una garanzia ipotecaria al creditore, e dal momento ch'egli usa del credito, il mutuo che fa è assicurato dall'ipoteca (1).

529. Quali condizioni si richiedono perchè sia valida l'ipoteca concessa per garanzia di un'apertura di credito? Vi è anzitutto una condizione di forma. L'articolo 80 non contiene alcuna disposizione a questo riguardo. È quanto dire che l'ipoteca resta soggetta al diritto comune. Se è consentita coll'atto che apre il credito, occorrerà un atto autentico il quale attesti ad un tempo l'apertura di credito e la stipulazione ipotecaria. Se l'apertura di credito è stata stipulata fra le parti anteriormente alla costituzione dell'ipoteca, vi saranno due convenzioni distinte, l'una non solenne, quella relativa alle obbligazioni del creditore e dell'accreditato, l'altra solenne, quella che stabilisce l'ipoteca.

L'apertura di credito è ordinariamente una convenzione commerciale, poichè si contrae da commercianti e per atti di commercio. Essa va dunque soggetta alle regole del diritto commerciale per quanto riguarda la prova. Si è tentato di sostenere che l'apertura di credito doveva essere constatata con atto autentico. Questa interpretazione confondeva l'ipoteca coll'obbligazione principale ch'essa è destinata a garantire. La Corte di Bruxelles l'ha respinta. L'errore era evidente (2). Non vi ha che un elemento dell'apertura di credito che deve essere constatato autenticamente, l'importo del credito. L'articolo 80 vuole che la somma per cui l'ipoteca è consentita sia determinata. È l'applicazione del principio di specialità, e la specializzazione di

---

(1) Relazione della commissione speciale (PARENT, pag. 43). Confronta PONT, t. II, pag. 146, n. 711.

(2) Bruxelles, 24 febbraio 1869 (*Pasicrisie*, 1869, 2, 104).

qualsiasi ipoteca convenzionale deve farsi per atto autentico (n. 525) (1).

530. Secondo l'articolo 80, l'apertura di credito non può essere garantita da una ipoteca se non per la somma che il creditore *si obbliga* a fornire. Questa condizione risulta dalla natura delle cose. L'apertura di credito è un contratto, e quindi implica un'obbligazione da parte del creditore, quella di fornire la somma fino a concorrenza della quale egli ha aperto un credito al mutuatario. Se non si obbliga a fornire fondi all'accreditato, non vi è apertura di credito, e, quindi, non può essere questione d'una garanzia ipotecaria che assicura i diritti del creditore. È cosa evidente, ma la condizione torna applicabile non solo al caso in cui il creditore non s'obbligasse a fornire i fondi, sibbene anche a quello in cui s'obbligasse sotto condizione potestativa. Non vi sarebbe apertura di credito se il creditore si riservasse la facoltà di rifiutare i fondi o di non accettare le tratte dell'accreditato. La ragione si è che l'ipoteca prende grado dal giorno della convenzione perchè da quel momento il creditore è obbligato a tenere i fondi necessari a disposizione dell'accreditato, e questa obbligazione non esisterebbe se potesse rifiutarli (2).

La Corte di cassazione del Belgio ha applicato il principio dell'articolo 80 nel caso seguente. Trattavasi dell'apertura d'un credito di 8000 franchi che il creditore s'obbligava a tenere a disposizione dell'accreditato. Per garanzia del credito veniva concessa un'ipoteca. Questa era costituita per la somma di 6000 franchi e gli interessi commerciali, come per *ogni eccedenza, se avesse luogo*. Conseguentemente, il creditore prese iscrizione pel capitale di 6000 franchi e per 1800 franchi d'interessi; più per una somma di 4000 franchi, eccedenza approssimativa oltre il capitale di 6000 franchi, e infine, per 720 franchi d'interessi. Il mutuatario essendo fallito, il curatore instò per la radiazione dell'iscrizione in quanto eccedeva la somma di 6000 franchi, per la quale era stato aperto il credito cogli interessi. La domanda fu accolta in prima istanza. Il primo giudice osserva benissimo che l'iscrizione era validamente presa per la somma fino a concorrenza della quale il creditore s'era obbligato a consegnare i fondi. Vi era, per questo capitale e gli interessi, obbligazione reciproca dei contraenti e certezza pei terzi del valore ancora libero dei beni gravati. Non accadeva lo stesso dell'eccedenza di questo credito. Il creditore poteva eccedere il credito stipulato; ciò dipendeva da lui: egli non contraeva alcuna obbligazione, per questo titolo, verso l'accreditato, e quindi non vi era debito; il che importava la nullità dell'ipoteca, conformemente all'articolo 80, secondo il quale l'atto deve determinare la somma che il creditore si obbliga a fornire. In appello la decisione fu riformata. La Corte di Bru-

(1) Martou, t. III, p. 117, n. 1018. Pont, t. II, p. 149, n. 714.
(2) Martou, t. III, p. 120, n. 1022. Pont, t. II, p. 148, n. 712.

xelles decise che vi era, per le somme eccedenti il credito stipulato, obbligazione reciproca e vincolo fra le parti. Essa soggiunse che l'interesse dei terzi era tutelato coll'iscrizione, che valutava l'eccedenza a 4000 franchi, di modo che tutto era determinato e certo. Questa sentenza confonde ogni cosa: la specialità del contratto ipotecario e la specialità dell'iscrizione; una obbligazione certa con una eventualità che dipendeva dalla volontà del creditore perchè egli non s' obbligava a fornire fondi oltre il credito stipulato, e, in ogni caso, l'atto non conteneva la somma per la quale avrebbe potuto esservi un'eccedenza. L'atto ipotecario era dunque nullo sotto ogni riguardo. Che importava, dopo ciò, che l'iscrizione specializzasse l'eccedenza che poteva eventualmente superare il credito primitivo? Può esservi un'iscrizione quando l'ipoteca è nulla, e può l'iscrizione sanare la nullità dell'ipoteca? La sentenza della Corte di Bruxelles è stata cassata, e giustamente (1).

531. Nel caso deciso dalla Corte di cassazione era molto facile distinguere il credito obbligatorio dal credito facoltativo. La questione è talvolta delicatissima, e si presenta abbastanza spesso. Stimiamo dunque opportuno riferire ancora due decisioni, di cui l'una è dubbia. Era stato aperto un credito di 150,000 franchi pel termine di tre anni. Il creditore si riservava la facoltà di far cessare il credito quando lo giudicasse conveniente. Non era questa una condizione potestativa? No, perchè l'articolo del contratto che attribuiva questo diritto al creditore implicava che egli ne userebbe soltanto dopo che l'apertura di credito avesse avuto esecuzione. Per vero, l'atto stabiliva che il creditore non avrebbe potuto metter fine al contratto che mediante un avviso preventivo di quattro mesi, e che l' accreditato doveva rimborsare la metà dei fondi che avrebbe riscossi nei sei mesi successivi. Da questa clausola la Corte di Gand conchiude, a ragione, che il creditore non poteva far cessare il credito se non dopo avervi dato un principio d'esecuzione, e quindi l'apertura di credito gl'imponeva un'obbligazione; il che basta per convalidare l'ipoteca (2).

In un' altra specie giudicata dalla stessa Corte, l'atto recava che il creditore si riservava le facoltà di *restringere* il credito ogni qualvolta lo avesse reputato conveniente ai suoi interessi. Malgrado questa clausola, la Corte decise che l'atto imponeva al mutuante una obbligazione attuale ed effettiva, il che permetteva di garantirla con una ipoteca. Infatti, dice la Corte, il credito non poteva essere ristretto arbitrariamente, e meno ancora intieramente annullato, e la possibilità di restringerlo per il futuro non impediva che esistesse per il presente. Martou critica questa decisione. Egli interpreta la clausola litigiosa nel senso che, fino dalla prima domanda di fondi, il banchiere poteva usare della

---

(1) Cassazione, 1 febbraio 1855 (*Pasicrisie*, 1855, 1, 76)
(2) Gand, 11 agosto 1848 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 263).

riserva. Ciò è vero, ed è vero altresì che il creditore poteva usare arbitrariamente della facoltà che si riservava, perchè egli solo era giudice del suo interesse. Ma ci pare che Martou vada troppo oltre soggiungendo che nulla impediva al banchiere di spingere la restrizione a tal punto da equivalere all'annullamento del credito. Se il banchiere, invece di *restringere* il credito l'avesse annullato, abusando della facoltà che il contratto gli accordava, l'accreditato gli avrebbe ricordato la regola dell' articolo 1134, secondo la quale le convenzioni devono essere eseguite in buona fede, e il giudice, occorrendo, gliel'avrebbe ricordata e gli avrebbe insegnato che violare le proprie obbligazioni non è eseguirle. Tutto ciò che risultava dalla clausola litigiosa si è che l'accreditato si metteva più o meno alla mercè del creditore, ma non si può dire che il credito fosse annullato, e dal momento che vi ha un' obbligazione il credito è valido e, per conseguenza, valida l' ipoteca (1).

532. Si abusa singolarmente del principio della condizione potestativa. L'articolo 1174 annulla l'obbligazione quando è stata contratta sotto una condizione potestativa da parte di colui che si obbliga. Si è sostenuto, avanti la Corte di Bruxelles e perfino avanti la Cassazione, che l'apertura di credito è nulla se dipende dall'accreditato usarne o non usarne. Questa strana pretesa condurrebbe ad annullare ogni apertura di credito; perchè dipende sempre dall'accreditato il non usarne. La Corte di Bruxelles risponde citando l'articolo 1174. Basta che la prestazione del credito sia obbligatoria pel creditore, che è il debitore. È tutto quello che la legge ed i principii esigono. Quanto all'accreditato, egli si obbliga, è vero, ma eventualmente, nel caso in cui userà del credito. Nel momento in cui il credito è stipulato l'accreditato non si obbliga. Non si può dunque dire ch'egli si impegna sotto una condizione potestativa: egli contrae una obbligazione eventuale, l'obbligazione di rimborsare fondi che il creditore gli anticiperà, e siccome il banchiere è obbligato a fargli questa anticipazione, vi ha un vincolo sufficiente per convalidare l'apertura di credito e l'ipoteca che la garantisce (2).

533. Quale è il grado dell'ipoteca consentita per garanzia dell'apertura di un credito? La questione era molto controversa sotto l' impero del codice civile. La nuova legge la tronca in questi termini: « L'ipoteca prende grado dalla data della sua iscrizione, senza riguardo alle date successive della consegna dei fondi ». Il credito è stipulato per dieci anni. I fondi sono consegnati successivamente durante questo tempo, secondo i bisogni dell'accreditato. La questione sta nel sapere se l'ipoteca non prenderà grado che di mano in mano che i fondi siano consegnati, di modo che essa avrebbe

---

(1) Gand, 29 luglio 1848 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 270). MARTOU, t. III, p. 121, n. 1022.

(2) Rigetto, 12 dicembre 1844 (*Pasicrisie*, 1845, 1, 78, e la requisitoria di DEWANDRE, p. 84).

un grado diverso per ogni anticipazione. Questa dottrina era professata dai nostri migliori giureconsulti, il Toullier, il Merlin, il Troplong, Championnière; gli Aubry e Rau l'avevano adottata nelle loro prime edizioni. Vi ha, in favore dell'opinione generale, un argomento che, a primo aspetto, pare decisivo. L'ipoteca, per principio, non può precedere il credito, non può almeno prender grado prima che esista l'obbligazione principale. Ora, al momento in cui l'ipoteca è iscritta in forza del contratto che la costituisce per garanzia del credito, l'accreditato non ha ancora riscosso nulla. Egli non è dunque debitore; non lo diverrà che quando gli saranno stati rimessi dei fondi, e ad ogni rimessa egli contrae un debito nuovo. Dunque l'ipoteca non può prendere grado che a partire da ogni consegna di fondi. La legge belga non ha ammesso questo sistema. Ne abbiamo detto già la ragione, cioè che, dal giorno dell'apertura del credito, il contratto produce un effetto a carico del creditore, che deve tenere i fondi a disposizione dell'accreditato. È giusto che, in forza di questa obbligazione ch'egli contrae, abbia una garanzia. Se la legge non gliela accordasse, non vi sarebbe più apertura di credito, fuorchè nei casi in cui essa si contrae senza garanzia ipotecaria. Infatti, il banchiere sarebbe obbligato, prima di consegnare i fondi, ad assicurarsi se l'accreditato non ha consentito un'ipoteca che potrebbe essere preferita alla sua; ciò costituirebbe un ostacolo permanente alle relazioni che nascono dall'apertura del credito, e questi ostacoli sono in opposizione colla rapidità delle operazioni commerciali. Dunque, se si vuole che vi sieno aperture di credito, bisogna dare al creditore una garanzia reale che non sia costretto di verificare ad ogni anticipazione che fa. Così l'interesse pubblico giustifica il principio consacrato dalla legge belga, e questo principio non è in contrasto col diritto (1).

534. L'articolo 80 dice che l'ipoteca prende grado a datare dalla sua iscrizione senza riguardo alle date successive della consegna dei fondi. Così le anticipazioni fatte durante l'ultimo anno del credito hanno lo stesso grado di quelle che fossero fatte il giorno stesso dell'iscrizione. È in questo senso che la legge dice che non si avrà alcun riguardo alle date successive della consegna dei fondi. La legge suppone che tutto il credito sia esaurito dall'accreditato. Il creditore prenderà grado per tutto il suo credito capitale, interessi e spese di commissione alla data della sua iscrizione, poco importando le date alle quali l'accreditato ha riscosso i denari. Ma dai termini dell'articolo 80 non bisogna indurre che il creditore abbia sempre la sua ipoteca, in qualunque tempo consegni i fondi. Ciò non è vero che quando il contratto non indica alcun termine per cui l'apertura di credito è convenuta. Il contratto si eseguisce, in questo caso,

(1) Aubry e Rau, t. III, p. 283, nota 71, § 266. Martou, t. III, p. 115, n. 1017. Pont, t. II, p. 156, n. 719. Confronta la Relazione di Leliévre (Parent, p. 145 e segg.).

fino a che il credito sia esaurito, ed è questa obbligazione così eseguita successivamente che è assicurata dall'ipoteca con grado a partire dall'iscrizione. Ma avviene sovente che il contratto fissi un termine all'apertura del credito. Questo termine modifica la convenzione nel senso ch'essa spira quando il termine scade e quindi il credito garantito dall'ipoteca è quello delle anticipazioni fatte alla scadenza, anche quando le parti contraenti avessero continuato le loro operazioni. Infatti, a partire dalla scadenza del termine, si forma una nuova apertura di credito, espressa o tacita, la prima essendo cessata. Ora, l'ipoteca ha garantito il primo contratto, e s'estingue con questo. Dunque l'ipoteca non può garantire le anticipazioni fatte dopo il termine convenuto, quand'anche il totale delle anticipazioni non eccedesse il credito. I principii vogliono così, ed anche l'interesse dei terzi lo esige. Quando è assegnato un termine all'apertura del credito, l'ipoteca non ha effetto a loro riguardo che colla modalità del termine. Il creditore non è preferito ai terzi che per le anticipazioni fatte alla scadenza del termine. Per le anticipazioni che farà posteriormente, sarà un semplice creditore chirografario (1).

535. Si ammette però un restrizione a questo modo di intendere il contratto. Se le anticipazioni fatte in forza del conto corrente, comprese quelle fatte posteriormente alla proroga del credito, ammontano ad una cifra inferiore a quella che comprendevano le anticipazioni allo spirare del primo credito, l'ipoteca garantirà il saldo definitivo come è stato fissato al regolamento del conto. Ciò suppone che l'accreditato non si limiti a riscuotere fondi, ma che faccia anche dei versamenti per l'estinzione del suo debito. L'importo del debito subisce, in questo caso, variazioni. Se è minore al tempo del regolamento definitivo che all'epoca della scadenza del primo credito, i terzi non hanno alcun interesse ad esigere che il conto sia liquidato a quella scadenza, poichè ne risulterebbe una situazione più onerosa per l'accreditato. È per questa mancanza d'interesse che si decide che il creditore avrà ipoteca per il saldo definitivo del conto, compresavi la proroga (2). Dal punto di vista dell'interesse dei terzi, ciò è vero. Ma non si tratta anzitutto di una questione di diritto? Il credito è stipulato per cinque anni. Allo spirare di questo termine la convenzione cessa di pien diritto. La situazione delle parti deve dunque essere sistemata in quel momento ed è il saldo del conto che sarà garantito dall'ipoteca nei limiti convenuti dall'apertura del credito. Se le parti continuano le loro operazioni, si forma un nuovo contratto, al quale l'ipoteca è assolutamente estranea. Che importa, dopo ciò, la volontà dei terzi e il loro interesse? Essi non possono estendere al credito prorogato un'ipoteca che è stata costituita pel credito primitivo.

---

(1) Cassazione, 22 marzo 1852 (Dalloz, 1852, t. 837). Martou, t. III, p. 118, n 1020. Pont, t. II, p. 149, n 713.

(2) Parigi, 21 dicembre 1852 (Dalloz, 1853, 2, 80). Martou, t. III, p. 120, n. 1021. Pont, t. II, p. 150, n. 715.

Occorrerebbe un nuovo contratto ipotecario fra il creditore e l'accreditato, e questo nuovo contratto non avrebbe effetto a riguardo dei terzi che mediante una nuova iscrizione. Dunque è impossibile che l'ipoteca sia invocata alla fine del conto prorogato, col grado che aveva in forza della sua prima iscrizione.

536. L'apertura di credito è un mutuo che si realizza successivamente a beneplacito del mutuatario. Si tratta dunque d'anticipazioni da fare, di fondi da consegnare, o di tratte da accettare: se all'epoca dell'apertura del credito della stipulazione dell'ipoteca, le parti convengono che l'ipoteca garantirà le anticipazioni già fatte, è sottinteso che la convenzione sarà eseguita. Ma se l'ipoteca vien stipulata per il credito aperto, il creditore non può valersene se non per le anticipazioni che farà posteriormente al contratto. È quello che dice una sentenza della Corte di cassazione pronunciata sovra relazione di d'Ubexi: « È incontestabile, in diritto, che l'ipoteca conferita per sicurtà d'un credito aperto non copre che le anticipazioni da farsi, in esecuzione di questo credito, e che, in mancanza d'una espressa stipulazione, non può esserne esteso il beneficio alle anticipazioni fatte precedentemente dal creditore all'accreditato ». Tuttavia la Corte ha confermato la sentenza impugnata la quale aveva deciso che l'ipoteca s'applicava al credito risultante da un biglietto sottoscritto dall'accreditato a favore del creditore dopo l'atto di credito, ma in rinnovazione d'un primo biglietto anteriore a quell'atto. La ragione di questa apparente eccezione è che il secondo biglietto non rappresentava l'antico debito, ma aveva per causa un'anticipazione fatta in forza dell'apertura di credito (1).

In applicazione di quest'ultimo principio, la Corte suprema ha giudicato che il creditore ha ipoteca alla data della sua iscrizione, anche quando nessuna anticipazione effettiva sia stata fatta in esecuzione dell'apertura di credito, se è provato che questo credito fu realizzato colla rimessa di biglietti anteriormente sottoscritti e scontati dal debitore a profitto del creditore e giunti a scadenza. « Questa rimessa, dice la sentenza di rigetto, fatta ed accettata in esecuzione dell'apertura di credito, equivale ad un versamento di fondi da parte del creditore all'accreditato. D'un sol colpo essa estingue l'antico debito esigibile immediatamente, e realizza il contratto sottoponendo il nuovo credito del creditore alle condizioni stipulate nell'atto di apertura. Il creditore eseguisce la sua obbligazione ed evita un circolo inutile consentendo all'estinzione dei biglietti, invece di esig[illegible] il rimborso. Egli agisce, in questa circostanza, come creditore, [illegible] acquista, in tale qualità, contro gli accreditati un nuovo credito, esigibile soltanto fra otto anni, termine dell'apertura di credito, ma protetto dall'ipoteca che garantisce il credito, il quale si trova così eseguito » (2).

---

(1) Rigetto, 2 giugno 1863 (Dalloz, 1863, 1. 337).
(2) Rigetto, 3 agosto 1870 (Dalloz, 1871, 1, 281).

Ne risulta che, a dire il vero, non vi ha eccezione, nella specie, al principio che l'apertura di credito, salvo espressa stipulazione, non garantisca le anticipazioni anteriori. Il debito di queste anticipazioni è stato estinto da una novazione, come dice la Corte di Bruxelles in una recente sentenza: « L'ipoteca costituita per sicurtà d'un credito aperto non copre che le anticipazioni di fondi fatte in esecuzione di questo credito. Essa non garantisce il rimborso delle rimesse di fondi anteriori all'apertura di credito se non quando s'operi una novazione rispetto a queste anticipazioni, di modo che il creditore acquisti, per tale titolo, un nuovo credito contro l'accreditato. In questa ipotesi, i fondi prestati anteriormente che sono esigibili possono essere considerati come mantenuti a disposizione dell'accreditato, in esecuzione dell'apertura di credito, secondo le clausole e le condizioni di questo contratto ». Nelle specie la Corte constata che non era intervenuta novazione fra le parti, e che nessuna anticipazione era stata fatta. Il contratto d'apertura di credito era dunque una semplice finzione (1).

537. L'articolo 80 dice che la consegna dei fondi potrà essere provata con ogni mezzo legale. Questa disposizione ha per oggetto di decidere una controversia sorta sotto l'impero del codice civile. Vi erano autori i quali esigevano che le anticipazioni fossero constatate con atto autentico come si pretendeva l'autenticità per l'atto che stabilisce l'apertura di credito (n.° 529). Era un doppio errore. Il contratto ipotecario non è solenne che per la costituzione dell'ipoteca. Rispetto alle prove da darsi quando il creditore ipotecario vuole esercitare il suo diritto, esse non hanno nulla di comune colla solennità dell'atto. L'ipoteca, nella specie, garantisce le anticipazioni che saranno fatte in forza dell'apertura di credito. Che cosa deve essere stabilito nella forma autentica? La somma fino a concorrenza della quale il creditore è obbligato a fare anticipazioni, somma per la quale egli avrà un'ipoteca se le anticipazioni esauriscono il credito. Quanto alle anticipazioni, esse si fanno in esecuzione del contratto e l'esecuzione del contratto non è un atto solenne. Essa rimane dunque soggetta al diritto comune. In questo senso la legge dice che sono ammissibili le prove legali. Quali sono le prove legali? In materia commerciale, dice il Lelièvre nella sua relazione alla Camera, la prova si darà coi libri del creditore e, occorrendo, con testimoni (2). La questione era stata decisa in questo senso dalla Corte di cassazione del Belgio (3).

(1) Bruxelles, 27 luglio 1874 (*Pasicrisie*, 1874, 2, 325).
(2) Lelièvre, Relazione (Parent, p. 155).
(3) Cassazione, 27 dicembre 1849 (*Pasicrisie*, 1850, 1, 53).

§ VIII. — *Delle modalità dell'ipoteca.*

538. Il contratto ipotecario è soggetto alle regole generali che governano tutte le convenzioni: non ne differisce che per la solennità. Così esso può esser fatto a termine o sotto condizione. Queste modalità sono rare, perchè tolgono alla garanzia ipotecaria la certezza, che ne è il maggiore vantaggio. Il termine la limita ad un dato tempo, mentre lo scopo del creditore è di stipulare una sicurtà che gli garantisca il pagamento del debito finchè esiste. Quanto alla condizione, essa sospende l'esistenza medesima dell'ipoteca, nel senso che l'ipoteca non esisterà, se la condizione fallisce (1).

Non troviamo nella giurisprudenza alcun esempio di ipoteca costituita a termine o sotto condizione. L'unica sentenza che si cita è stata, a nostro avviso, male interpretata da Merlin. Un marito costituisce a vantaggio della moglie e dei figli nascituri dal matrimonio, una rendita di 1200 franchi, da prendersi « specialmente e limitatamente sopra una casa posta a Parigi, via Lepelletier, e *sussidiariamente* sopra un' altra casa posta a Parigi, via Rochechouart ». L'atto stipula che quest'ultima ipoteca non avrà efficacia che nella ipotesi di vendita della prima casa, « nel qual caso il costituente avrà il diritto di liberarla dall' ipoteca che la grava presentemente, assicurando l' ipoteca sia sulla casa indicata, sia sopra un' altra casa di rendita certa e assicurata ». La moglie prende iscrizione sulla casa ipotecata, soggiungendo « con facoltà di riportare l'ipoteca sulla casa posta in via Rochechouart, nel caso che il debitore avesse ad alienare la prima ». La casa è venduta, e l'iscrizione presa sull'immobile viene radiata in forza d'una sentenza passata in giudicato. Posteriormente, due creditori prendono iscrizione sulla casa della via Rochechouart. Anche questa casa è venduta. L'acquirente purga i creditori della rendita, si presenta alla graduazione e pretende di essere preferito agli altri creditori inscritti. Questi sostengono che la moglie non ha mai avuto ipoteca. La Corte di Parigi diede ragione alla moglie. Sul ricorso, la sentenza venne cassata. Che decideva essa?

La Corte constata anzitutto che il donante non intendeva dare alla creditrice della rendita che una ipoteca speciale e limitata, riservandosi la facoltà, in caso di vendita della casa ipotecata, d'assicurare l'ipoteca della donazione sulla casa della via Rochechouart, o su altri immobili a sua scelta. Da ciò conchiude che la moglie non aveva realmente ipoteca sulla casa di via Lepelletier, salvo, nell'ipotesi di vendita della casa, il riporto di questa ipoteca sulla casa della via Rochechouart, o sopra un altro immobile del donante. La sentenza impugnata violava dunque la legge che non accorda ipoteca convenzionale se non sull'immobile

---

(1) AUBRY e RAU, t. III, p. 284, n. 5, § 266.

specialmente designato dall'atto. La creditrice della rendita non avendo ipoteca sulla casa della via Rochechouart, l'iscrizione cumulativa ch'essa avrebbe presa sull'una e l'altra casa sarebbe stata inefficace, nessuna iscrizione potendo essere presa se non in forza d'una ipoteca consentita specialmente sopra un determinato immobile. Ma, soggiunge la Corte, la donataria non aveva preso nemmeno un'iscrizione cumulativa; essa si era limitata a menzionare nella sua iscrizione la facoltà di *riportare l'ipoteca* sulla casa della via Rochechouart. Ora, la legge non accorda l'effetto dell'iscrizione ad un atto che racchiude soltanto la riserva d'una semplice facoltà d'iscriversi.

Merlin dice che questa sentenza è fondata su due motivi, il primo, che l'ipoteca sussidiaria sulla casa della via Rochechouart non era suscettibile d'iscrizione prima della vendita della casa della via Lepelletier; il secondo che la creditrice non aveva fatto inscrivere questa ipoteca. Codesto motivo era senza dubbio perentorio, ma Merlin oppone al primo che un'ipoteca condizionata è, al pari di un'ipoteca pura e semplice, suscettibile d'essere iscritta (1). La critica sarebbe fondata se realmente vi fosse stata ipoteca condizionale. Ma l'atto non diceva questo. Il donante prometteva soltanto di riportare l'ipoteca sopra un altro immobile a sua scelta in caso di vendita della casa ipotecata. Anche la Corte di cassazione non dice che la donataria aveva un'ipoteca condizionale: essa osserva, al contrario, che la moglie non aveva ipoteca e che, quindi, avrebbe preso inutilmente l'iscrizione.

539. La legge permette alle parti d'aggiungere ai loro contratti ogni sorta di condizioni. Vi è un'eccezione nella legge del 15 agosto 1854 per la clausola detta di *voie parée*. L'articolo 90 dispone: « È permesso stipulare nelle convenzioni che, in mancanza di esecuzione delle obbligazioni prese verso di lui, il creditore privilegiato o ipotecario avrà diritto di far vendere il suo pegno nella forma delle vendite volontarie ». Ma la legge non autorizza questa clausola che sotto le condizioni ch'essa determina. Bisogna che il creditore sia il primo iscritto e che la stipulazione di *voie parée* sia stata resa pubblica coll'iscrizione. La vendita ha luogo, in questo caso, all'incanto davanti un notaio nominato dal presidente del tribunale.

La legislazione francese proibisce la clausola di *voie parée*. A termini dell'articolo 942 del codice di procedura riveduto, è nulla ogni convenzione portante che, in mancanza d'esecuzione delle obbligazioni prese verso di lui, il creditore avrà diritto di far vendere gli immobili del debitore, senza adempiere le formalità prescritte pel sequestro immobiliare.

(1) MERLIN, *Questioni di diritto* alla voce *Hypothèque*, § XIV, Sez. II, t. VIII, p. 173). La sentenza di cassazione del 5 dicembre 1809 è riferita dal MERLIN.

Appartenendo questa materia alla procedura, rimandiamo all'ottimo commentario sulla legge del 1854 del nostro compianto collega Waelbroeck (1).

540. L'articolo 2078 vieta al creditore pignoratizio di stipulare che in mancanza di pagamento egli potrà appropriarsi il pegno e disporne senza le formalità prescritte dalla legge. Vi è una disposizione analoga per l'anticresi (art. 2088). Questo divieto si applica al contratto ipotecario? Le parti convengono che il creditore, in mancanza di pagamento, diverrà proprietario dell'immobile ipotecato. Questa clausola è valida? La questione è controversa. A nostro avviso, essa deve essere decisa negativamente. L'ipoteca e i diritti che ne risultano sono d'ordine pubblico. Il creditore ha un diritto di prelazione ed un diritto di esecuzione ch'egli esercita mediante l'espropriazione. Può egli realizzare il suo diritto in altri modi? No, perchè deroghierebbe alle leggi sul sequestro mobiliare, che sono pure d'ordine pubblico. Il testo della legge ipotecaria lo prova. È stata necessaria una disposizione formale per autorizzare la clausola di *voie parée*, e la legge non la permette che sotto la condizione ch'essa determina (n. 539). Occorrerebbe parimenti un testo per convalidare, in materia d'ipoteca, la clausola che gli articoli 2078 e 2088 proibiscono in materia di pegno.

Le sentenze pronunciate pro e contro hanno poca autorità, perchè sono motivate male. Vi è una sentenza della Corte d'Agen conforme alla nostra opinione, ma fondata unicamente sul timore di favorire l'usura (2). La Corte di Tolosa, che ha convalidata la clausola, invoca l'adagio che la legge permette tutto quello che non proibisce (3). Ciò è verissimo nei contratti ordinarii, in cui la legge non fa che prevedere quello che le parti vogliono, ma non già nelle convenzioni che sono d'ordine pubblico. La maggior parte delle sentenze dichiarano la clausola valida, interpretandola come vendita condizionale (4). Se le parti hanno inteso fare una vendita, e se la loro convenzione presenta tutti i caratteri di questo contratto, deve senza dubbio esser convalidata, ma sarebbe disconoscere l'intenzione dei contraenti e le disposizioni della legge confondere le clausole degli articoli 2078 e 2088 colla vendita. La vendita è essenzialmente traslativa di proprietà anche quando è condizionale, se si realizza coll'adempimento della condizione; mentre il contratto ipotecario lascia la proprietà al debitore. Vi sono altre differenze fra le due convenzioni che è inutile ricordare.

---

(1) WAELBROECK, *Commentario della legge del 15 agosto 1854*, t. III, p. 566 e seg. Confronta, pel diritto francese, AUBRY e RAU, t. III, pag. 284, § 266.

(2) Agen, 28 dicembre 1842 (DALLOZ, alla voce *Nantissement*, n. 274, I).

(3) Tolosa, 16 marzo 1812 (DALLOZ, alla voce *Nantissement*, n. 275, I).

(4) Cassazione, 1 luglio 1844, Montpellier, 26 luglio 1833 e 6 marzo 1840, Tolosa, 16 marzo 1812 (DALLOZ, alla voce *Nantissement*, nn. 313 e 275).

SEZIONE V. — Dell'ipoteca testamentaria.

541. A termini dell'articolo 43, l'ipoteca è legale, convenzionale o testamentaria. L'articolo 44 definisce l'ipoteca testamentaria quella stabilita dal testatore sopra uno o più immobili specialmente designati dal testamento, per garanzia dei legati da lui fatti ». È la sola disposizione che la legge contiene sull'ipoteca testamentaria. Noi crediamo che le lacune ch'essa presenta devono essere colmate co' principii generali che reggono il nostro sistema ipotecario. Così l'articolo 42, che sottopone l'ipoteca testamentaria al principio della specialità per quanto riguarda il credito. Dovrà dirsi per questo che l'ipoteca testamentaria non debba essere speciale quanto al legato di cui assicura l'esecuzione? Sarebbe inammissibile. La nuova legge sottopone alla specialità le ipoteche più favorite, quelle degli incapaci. Essa fa dunque della specialità un principio generale senza eccezione, e non vi era certo motivo per ammetterne una in favore dell'ipoteca testamentaria. Il legislatore avrà pensato che il credito è determinato dalla natura stessa del legato; ma ciò non sarebbe esatto, perchè la cosa legata può consistere in una prestazione. Bisogna dunque applicare, per analogia, quello che la legge dice delle prestazioni imposte al donatario. Perchè il donante abbia un privilegio per questo titolo, il peso deve essere liquidato. Così pure le prestazioni legate dovrebbero esser liquidate perchè l'ipoteca testamentaria potesse essere inscritta. Non varrebbe il dire che l'ipoteca è nulla per mancanza di questa specializzazione, perchè non vi è nullità senza testo; ma l'iscrizione, in ogni caso, dovrebbe specializzare il credito. Infatti, l'articolo 83 (codice civile, art. 2148), che esige la menzione dell'importo del credito, è applicabile a tutte le ipoteche. Secondo l'opinione che abbiamo insegnato, la specialità è una condizione richiesta per l'esistenza dell'ipoteca. Se tale è il principio per le ipoteche legali e convenzionali, bisogna ammetterlo anche per l'ipoteca testamentaria, perchè i motivi sono identici. Non si può obbiettare il silenzio della legge, poichè le nostre leggi non contengono un sistema completo sulla teoria degli atti inesistenti. Bastano i principii generali e gli argomenti d'analogia. Noi supponiamo che l'ipoteca testamentaria debba essere iscritta. L'articolo 44 non lo dice, ma non occorreva, perchè gli articoli della legge che subordinano gli effetti dell'ipoteca alla pubblicità sono applicabili a tutte le ipoteche (art. 81 e 96).

542. Quale è l'oggetto dell'ipoteca testamentaria? L'articolo 44 dice che il testatore può stabilirle per garanzia dei legati da lui fatti. Secondo il progetto della commissione speciale, l'ipoteca poteva essere costituita anche per garanzia dei debiti del testatore. La parola *debiti* è scomparsa dall'articolo senza che se ne sappia il motivo. Bisogna conchiuderne che il testatore non può accordare ipoteca ad uno dei suoi creditori? A rigore,

questa conseguenza risulta dal testo degli articoli 42 e 44. Secondo l'articolo 42, l'ipoteca non ha luogo *che nei casi autorizzati dalla legge*, e l'articolo 44 non autorizza l'ipoteca testamentaria che per garanzia dei *legati*. Tuttavia questa argomentazione non è così decisiva come sembra. Il testatore può legare al suo creditore ciò che gli deve. Il debito diviene allora una cosa legata, e rientra, per conseguenza, nei termini dell'articolo 44. Ora, dando un'ipoteca al creditore, gli lega implicitamente la cosa dovuta, aggiungendovi una garanzia ipotecaria. Questa interpretazione permette di conciliare i testi coi principii. Non vi è alcuna ragione per interdire al testatore di legare un'ipoteca. Egli può legare la piena proprietà al creditore: perchè non potrebbe legargli uno smembramento della proprietà? Egli può legare ogni sorta di diritti reali. Perchè vi sarebbe eccezione per l'ipoteca? Invano s'invocherebbe la cancellazione della parola *debiti* che si trovava nel progetto. Non si sa perchè questa parola sia stata cancellata. Forse ciò avvenne perchè era inutile, come abbiamo spiegato. In ogni caso, il silenzio della legge non basta ad autorizzare una deroga ai principii (1).

543. Sotto l'impero del codice civile si ammetteva generalmente che i legatarii avevano un'ipoteca legale sui beni della eredità. Si domanda se la nuova legge deroghi all'articolo 1017, sul quale si fondava questa pretesa ipoteca. Tutte le commissioni sono unanimi nel dichiarare che l'ipoteca legale del codice civile, come s'interpretava, è abrogata. Importa constatare i motivi pei quali le relazioni dichiarano che l'ipoteca dei legatarii è abolita.

La commissione speciale s'esprime come segue: « Essa propone di dare al testatore la facoltà di costituire un'ipoteca sui suoi beni per assicurare il pagamento d'un debito o d'un legato. È parso tanto più utile conferirgli questo diritto in quanto la soppressione delle ipoteche generali, ammessa come principio, comprende necessariamente l'ipoteca risultante dall'articolo 1017 in favore dei legatarii su tutti i beni dell'eredità » (2). Così la commissione propone d'ammettere l'ipoteca testamentaria per sostituire l'ipoteca legale dell'articolo 1017. Essa suppone che questa ipoteca generale è abrogata dalla nuova legge, che respinge, per principio, le ipoteche generali, anche le più favorevoli, come quelle dei minori e delle donne maritate.

Anche il Lelièvre dice nella sua prima relazione che, sopprimendo la legge l'ipoteca generale accordata al legatario dall'articolo 1017 del codice civile, era necessario autorizzare il testatore a concedere al legatario un'ipoteca per sicurtà del pagamento del suo legato. In una seconda relazione, il Lelièvre giustifica la proposta di un'ipoteca testamentaria, poi soggiunge:

---

(1) Cloes, *Commentario*, t. III, pag. 39, n. 1002.
(2) Relazione della commissione speciale (Parent, p. 37).

« Mediante questa disposizione (art. 44), è inteso che l'ipoteca risultante dagli articoli 1009, 1012 e 1017 del codice civile è abrogata. Ciò è ammesso all'unanimità dalla commissione e dal ministro della giustizia » (1).

Fondandosi sui lavori preparatorii, il Delebecque emette l'avviso che l'ipoteca legale dei legatarii sia abolita. Martou si è pronunciato per l'opinione contraria, la quale fu combattuta dal Thiry, nostro collega dell'università di Liegi (2). Noi ci uniformiamo, senza esitare, al suo illustre parere. Crediamo, come lui, che la pretesa ipoteca legale dei legatarii non è mai esistita. Il codice civile menzionava le ipoteche legali (art. 2121), e non comprendeva i legatarii fra coloro ai quali la legge accorda un'ipoteca. Il solo diritto che desse loro era di chiedere la separazione dei patrimoni; il che assicurava ad essi il pagamento sui beni dell'eredità, preferibilmente ai creditori dell'erede. Tale è il valore degli articoli del codice che si citano come abbiano stabilito un'ipoteca legale a vantaggio dei legatarii. Se essi dicono che gli eredi ed altri debitori dei legati vi sono tenuti ipotecariamente pel tutto, fanno una semplice supposizione, e supporre non è disporre. La supposizione si spiega, del resto, con quello che il codice chiama privilegio di separazione, privilegio che dava ai legatarii un diritto di prelazione a riguardo dei creditori dell'erede. Ora, il privilegio è un'ipoteca privilegiata. La nuova legge non deroga, su questo punto, al codice civile.

Anche mettendosi sul terreno dell'opinione generale, che riconosceva un'ipoteca legale ai legatarii, bisogna dire, cogli autori della legge belga, che questa ipoteca è abrogata dalla legge ipotecaria. Si obbiettano i principii che governano l'abrogazione tacita. Una legge generale, si dice, non abroga una legge speciale. Perchè una legge posteriore abroghi una legge anteriore, bisogna che sia impossibile applicare le due leggi simultaneamente. Abbiamo già risposto altrove che il codice civile ignora i principii sull'abrogazione tacita che si desumono dalla tradizione e che si ha torto di applicare un po' meccanicamente. L'abrogazione tacita è inanzi tutto una questione di volontà. Ora, che cosa ha voluto il legislatore belga? Egli ha stabilito un sistema completo sul regime ipotecario, sistema che deroga, in punti essenziali, al regime del codice civile. Accade così, particolarmente, per le ipoteche generali. La nuova legge le proscrive. Non comprendiamo come lo si sia negato invocando l'ipoteca generale dello Stato. È una eccezione che conferma la regola. La regola è che le ipoteche più favorevoli, quelle dei minori e delle donne maritate, sono soggette al principio di specialità. Si concepisce che, rifiutando un'ipoteca generale ai minori, la legge l'accordi ai legatarii, i quali hanno un mezzo facile di tutelare i loro inte-

(1) Lelièvre, Relazione (Parent, p. 129 e 193).

(2) Delebecque, p. 188, n. 232. Martou, t. II, p. 324, n. 708, seguito de Cloes, t. III, p. 36, n. 1000. Thiry, nella *Belgique judiciaire*, t. XIV, p. 517.

ressi, la separazione dei patrimonii? Se il legislatore avesse voluto mantenere l'ipoteca dei legatarii come la si ammetteva, l'avrebbe assoggettata alla specialità. Esso non ha indicato alcun mezzo di specializzarla, e quindi la sopprime. Ecco che cosa si sarebbe dovuto dire quand'anche i lavori preparatorî non ci avessero appreso nulla sull'intenzione del legislatore. Ma gli autori della legge hanno parlato. Martou esclude le relazioni delle commissioni. Egli dice che invece di ripetere dieci volte che l'ipoteca legale dei legatarii è abrogata, le commissioni avrebbero fatto meglio a scriverla una volta nella legge. Sì, ma ciò non prova che non si debba tenere alcun conto di quello ch'esse hanno detto. Ripetiamo che è una questione d'intenzione. Ora, gli autori della legge belga hanno dichiarato che stabilivano l'ipoteca testamentaria perchè tenesse luogo dell'ipoteca legale, abrogata in forza del nuovo regime. Vi è dunque un testo che implica l'abrogazione dell'ipoteca legale, cioè gli articoli 42 e 44, i quali creano l'ipoteca testamentaria. Questa ipoteca, dicono gli autori della legge, non ha altra ragion d'essere che l'abrogazione dell'ipoteca legale. Dunque gli articoli 42 e 44 consacrano implicitamente questa abrogazione (1).

544. L'articolo 44 non dice nulla della forma nella quale l'ipoteca testamentaria deve essere costituita. Era inutile, essendo la questione decisa implicitamente dal testo della legge. Dire che l'ipoteca testamentaria è quella colla quale il testatore stabilisce un'ipoteca a vantaggio del *legatario* equivale ad affermare che ogni testamento può contenere una concessione d'ipoteca, non solo i testamenti autentici, ma anche i testamenti olografi e segreti. Si obbietta che, nel silenzio della legge, bisogna applicare le disposizioni che concernono l'ipoteca convenzionale. Anzitutto noi neghiamo che la legge taccia. Per di più fra l'ipoteca convenzionale e l'ipoteca testamentaria vi ha notevole divario. Nulla impedisce alle parti interessati che contrattano di rivolgersi ad un notaio, mentre il testatore può trovarsi nell'impossibilità di far stendere un atto autentico. È per favorire gli atti d'ultima volontà che la legge ha mantenuto i testamenti olografi, e quindi ha dovuto permettere al testatore di fare, in questa forma, le stesse disposizioni che può fare in un testamento autentico. Tutto ciò che risulta si è che l'ipoteca testamentaria non è un atto solenne (2).

Vi è tuttavia una differenza fra l'ipoteca costituita con un testamento autentico e quella stabilita con un testamento olografo o segreto. Il creditore ipotecario può espropriare il debitore perchè il suo diritto risulta ordinariamente da un atto autentico e come tale esecutivo. Questo principio s'applica all'ipoteca testamentaria, quando il testamento è un atto notarile; ma non è applicabile

(1) Vi è una sentenza in questo senso, benissimo motivata, del tribunale di Marche, 21 ottobre 1870 (*Pasicrisie*), 1873, 3, 243.

(2) MARTOU, t. III, p. 326, n. 709, CLOES, t. II, p. 29, n. 995-997. In senso contrario, DELEBECQUE, p. 189, n. 233.

quando il testamento è olografo o segreto, poichè questi testamenti sono atti privati, i quali non acquistano forza esecutiva che in virtù d'una sentenza.

545. Quale è l'effetto dell'ipoteca testamentaria? Essa crea un diritto di prelazione fra i legatari, ma il legatario non è preferito ai creditori del defunto. È l'applicazione del principio che i legati non sono soddisfatti che dopo il pagamento dei debiti. *Nemo liberalis nisi liberatus.* Ora, se il legatario fosse pagato preferibilmente ai creditori, questi potrebbero non essere soddisfatti almeno integralmente, donde risulterebbe che un legatario prevarrebbe ad un creditore, il che è contrario al principio tradizionale che abbiamo ricordato, principio che deriva dalla natura stessa del legato. Il testatore non può legare ciò che non ha, ed egli non ha beni all'infuori di quello che resta, dedotti i debiti.

Sezione VI. — Del grado delle ipoteche fra loro.

546. L'articolo 81 dispone: «Fra i *creditori* l'*ipoteca* non prende *grado* che dal giorno dell'iscrizione fattane sui registri del conservatore» (codice civile, art. 2134). La legge non comprende i privilegi. Eppure anche i privilegi devono essere resi pubblici mediante l'iscrizione, e l'articolo 29 dice che fra i creditori i privilegi non producono effetto a riguardo degli immobili se non quando sono resi pubblici coll'iscrizione sui registri delle ipoteche. Vi è una differenza di redazione fra l'articolo 29 e l'articolo 31. L'articolo 29 nega ogni *effetto* ai privilegi non resi pubblici. L'articolo 31 dice soltanto che il *grado* delle ipoteche dipende dalla loro iscrizione. Ne risulta un divario di principii? Dobbiamo vedere innanzi tutto quale è lo scopo dell'iscrizione.

L'iscrizione è richiesta perchè l'ipoteca esista, o l'ipoteca esiste indipendentemente dall'iscrizione? L'iscrizione è ordinata perchè l'ipoteca abbia *effetto* a riguardo de' terzi. La pubblicità dunque è stabilita soltanto nell'interesse dei terzi che trattano col proprietario dell'immobile ipotecato. Ciò dimostra già che l'iscrizione non è una condizione d'esistenza dell'ipoteca. Essa ha per unico oggetto di rendere pubblica l'ipoteca che esiste già, in forza, sia della legge, della convenzione, sia di un testamento. Accade dell'iscrizione come della trascrizione, o, per dir meglio, l'iscrizione tien luogo per le ipoteche della trascrizione che la legge richiede per tutti gli atti traslativi di diritti reali immobiliari. Questi diritti esistono in forza del contratto che li stabilisce, ma perchè possano essere opposti ai terzi, bisogna che l'atto costitutivo sia trascritto, ovvero inscritto quando si tratta d'una ipoteca. La mancanza di trascrizione o d'inscrizione non rende dunque l'atto nullo. L'atto è valido e produce fra le parti tutti gli effetti che ne dipendono, finchè non sono in causa i terzi. Questi effetti sono considerevoli quando si tratta della vendita d'un immobile, o d'una servitù, o d'un diritto immobiliare

diverso dall'ipoteca, mentre l'ipoteca non produce effetti fra le parti. Diremo più innanzi quali effetti tuttavia essa produca. Bisogna dunque tenere come principio, tanto per le ipoteche quanto per i diritti immobiliari in generale, che il diritto esiste fra le parti, indipendentemente dalla pubblicità. Pertanto l'iscrizione non è richiesta nè per l'esistenza nè per la validità dell'atto.

Tarrible, che ha scritto ottimi articoli sul regime ipotecario nel *Repertorio* di Merlin, sembra sostenere il contrario. Secondo lui, l'iscrizione è necessaria per *costituire* l'ipoteca, per *completare* il diritto del creditore. Il creditore che non prende iscrizione è un creditore chirografario. Tarrible invoca la tradizione dei paesi di pegno. Le consuetudini dichiaravano creditori *personali* e *mobiliari* coloro che non avevano adempiuto le opere di legge. Vi è una disposizione del codice civile che pare concepita in questo senso. A termini dell'articolo 2135, l'ipoteca *esiste* indipendentemente da ogni iscrizione a vantaggio degli incapaci. Dunque, si può dire, l'ipoteca *non esiste*, per regola generale, che in forza dell'iscrizione (1). Non è ciò troppo assoluto? Lasciamo da parte le consuetudini di pegno, le quali ormai appartengono alla storia. La questione deve essere decisa dai testi del codice civile e della legge ipotecaria. L'art. 2135, citato da Tarrible, non deve essere isolato dall'articolo 2134 di cui non è che il seguito e al quale fa eccezione. Ora, è massima che l'eccezione deve essere interpretata nel senso della regola. E che cosa dice la regola? Che fra creditori l'ipoteca non prende grado che dal giorno dell'iscrizione. Quando dunque l'articolo 2135 apporta un'eccezione a questa regola, dicendo che l'ipoteca dei minori e delle donne maritate esiste indipendentemente dall'iscrizione, vuol significare che l'ipoteca legale degli incapaci *prende grado* in forza delle disposizioni della legge, quand'anche non fosse stata iscritta. Così l'articolo 2135 non ha nulla di comune colla questione teorica che discutiamo. Quanto alla legge ipotecaria, essa stabilisce come regola assoluta la necessità dell'iscrizione per le ipoteche ed i privilegi, ma l'articolo 1 determina il significato di questa formalità. Essa è identica alla trascrizione e conseguentemente richiesta, non per l'esistenza o la validità dell'ipoteca, ma perchè l'ipoteca, come ogni altro diritto immobiliare, possa essere opposta ai terzi. A riguardo dei terzi, si può dire, con Tarrible, che l'ipoteca non esiste, finchè non è stata inscritta. Fra le parti, l'ipoteca esiste in forza della legge, della convenzione o del testamento.

547. Resta a sapere se, sotto questo rapporto, vi sia differenza fra i privilegi e le ipoteche. L'articolo 29 dice che il

---

(1) TARRIBLE, in MERLIN, *Repertorio* alla voce *Inscription hypothécaire*, § II (t. V, p. 2 e segg.). Confronta GRENIER (t. I, p. 75, n. 60), che pare combatta TARRIBLE senza nominarlo.

privilegio non ha effetto, a riguardo degli immobili, se non dalla iscrizione, mentre l'articolo 34 dispone che l'ipoteca non prende *grado* se non dall'iscrizione. Questo divario di redazione non ha alcuna influenza sul principio consacrato dall'articolo 1 della legge. Ogni diritto immobiliare soggetto alla pubblicità non esiste, a riguardo dei terzi, che quando siano state adempite le formalità legali. La legge equipara, sotto questo rapporto, i privilegi alle ipoteche. Ma quando si tratta del grado di priorità fra creditori vi è una differenza importante tra il privilegio e l'ipoteca. Il grado dei creditori ipotecarii è determinato dalla data dell'iscrizione senza riguardo nè alla natura del credito, nè alla sua data. Non avviene così del privilegio. Il suo grado è determinato, non dalla data dell'iscrizione, ma dalla qualità del credito; di modo che un privilegio inscritto dopo l'ipoteca può essere preferito a questa, e fra i creditori privilegiati la preferenza si regola egualmente a seconda delle diverse qualità dei privilegi, senza considerare la data dell'iscrizione. Questi principii non sono così assoluti come sembrano dire gli articoli 12 e 13 della legge. Rimandiamo a quanto si è detto, su questa difficile materia, al capo dei *Privilegi* (n. 58-85 e n. 66-93).

L'articolo 81 (codice civile, art. 2134) si esprime dunque esattamente dicendo che il grado delle ipoteche dipende dalla loro iscrizione. Finchè l'ipoteca non è iscritta, non esiste a riguardo dei terzi: il creditore non può loro opporle. In tal senso egli non acquista il suo diritto che in forza dell'iscrizione, e per conseguenza a partire da questa. Poco importa la data del titolo che costituisce l'ipoteca, poichè questo titolo non può essere opposto ai terzi finchè non è stato reso pubblico. Quanto alla natura del credito, essa non è mai presa in considerazione in materia d'ipoteche convenzionali poichè la garanzia ipotecaria dipende unicamente dalla volontà delle parti contraenti. Secondo il codice civile, il grado dell'ipoteca legale era indipendente dall'iscrizione. Il codice lo regolava e attribuiva efficacia all'ipoteca a riguardo dei terzi, anche quando non fosse stata iscritta.

Non è più così secondo la legge belga: le ipoteche legali sono soggette alla pubblicità, e, quindi, al diritto comune per quanto concerne il loro grado. Rimane l'ipoteca testamentaria, il cui grado dipende dall'iscrizione, come quello dell'ipoteca convenzionale.

548. Le parti interessate possono derogare al grado che l'iscrizione assicura al creditore? Per principio, l'ipoteca è d'ordine pubblico, e le parti non possono derogare alle leggi che concernono l'interesse generale (n. 187). Questo principio non è assoluto; esso suppone che sieno impegnati nella controversia i diritti della società. Se si tratta d'interessi puramente privati, non vi è più ragione di vietare alle parti di regolarli come esse credono. Tale sarebbe la convenzione colla quale le parti stipulino che l'iscrizione da prendere in forza d'una costituzione d'ipoteca sarà posposta ad altre iscrizioni da prendersi per cre-

diti il cui importo è fissato nell'atto (1). Il grado fra due creditori è d'interesse privato. La sola cosa che sia d'interesse pubblico è che le convenzioni le quali modificano il grado che un creditore tiene dall'iscrizione della sua ipoteca siano rese pubbliche, allo scopo di premunire i terzi. Nella specie, l'iscrizione da prendersi dovrebbe dunque contenere la clausola che modifica il grado del creditore, altrimenti non potrebbe essere opposta ai terzi interessati a conoscerla. È lo stesso di ogni clausola iscritta in un contratto ipotecario, quando interessa i terzi (2).

549. L'ipoteca e il privilegio producono anche un altro effetto, quello di dare al creditore il diritto di evizione contro il terzo detentore dell'immobile ipotecato (art. 96; codice civile, art. 2166). Parlando del diritto di evizione, la legge non distingue fra le ipoteche ed i privilegi; essa li pone alla stessa stregua e li assoggetta alla stessa condizione, quella dell'iscrizione. Un'ipoteca od un privilegio non iscritti non attribuiscono il diritto di evizione. La ragione è semplice; il diritto di evizione si esercita contro i terzi. Ora, l'ipoteca non esiste a riguardo dei terzi che coll'iscrizione, ed accade lo stesso dei privilegi (n. 546).

550. Così tutti gli effetti dell'ipoteca a riguardo de' terzi dipendono dall'iscrizione. L'applicazione del principio dà luogo od una difficoltà che è risolta dall'articolo 81 (codice civile, art. 2147). Supponiamo che due creditori prendano iscrizione lo stesso giorno. Non vi è alcun conflitto quanto al diritto di evizione. Ogni creditore inscritto, può esercitarlo, sotto qualunque data sia inscritto, e perciò tanto l'ultimo quanto il primo. Ma, quando si tratterà di distribuire il denaro, il conflitto sorgerà. Come si collocheranno i due creditori la cui iscrizione porta la stessa data? L'articolo 81 (codice civile, art. 2147) risponde: « Tutti i creditori inscritti nel medesimo giorno esercitano concorrentemente un'ipoteca della stessa data, senza distinguere fra l'iscrizione del mattino e quella della sera, quando questa differenza fosse indicata dal conservatore ». Una tal massima è contraria al rigore dei principii. L'iscrizione, rendendo pubblica l'ipoteca, dovrebbe darle effetto a partire dal momento in cui è presa, e quindi, fra due ipoteche inscritte lo stesso giorno, quella che è inscritta prima dovrebbe essere preferita all'altra. È il principio che la legge segue in materia di trascrizione (art. 123). Perchè non si applica all'iscrizione delle ipoteche? Il motivo che si è dato non spiega la differenza che la legge stabilisce fra la trascrizione e l'iscrizione. Due compratori, si dice, non possono essere proprietari dello stesso immobile, ciascuno per la totalità. Fu dunque necessario decidersi in favore di quello che trascrive pel primo, quand'anche non vi fosse che un intervallo di qualche minuto fra le due trascrizioni; mentre due creditori ipotecarii possono concorrere, nel senso che, se il prezzo proveniente dall'immobile non basta per pagarli integralmente,

(1) Gand, 11 agosto 1875 (*Pasicrisie*, 1876, 2, 45).
(2) Rigetto, sezione civile, 23 marzo 1874 (DALLOZ, 1874, 1, 307).

saranno pagati per contributo. Rispondiamo che in diritto non vi ha alcuna differenza fra l'alienazione e l'ipoteca, fra la trascrizione e l'iscrizione: è diverso soltanto il modo di pubblicità. Il testo dell'articolo 1 della nostra legge lo prova all'evidenza, ed i principii non lasciano alcun dubbio. Se non è supponibile che due acquirenti siano ciascuno proprietario per la totalità, è egualmente impossibile che due creditori abbiano un'ipoteca ciascuno per la totalità, perchè l'ipoteca è un'alienazione parziale. Dunque, in fondo, l'alienazione e l'ipoteca sono identiche. In realtà, la legge, decidendo che i due creditori inscritti lo stesso giorno concorrono, viola il diritto del primo, perchè egli non otterrà che una parte del prezzo, mentre lo avrebbe avuto tutto se gli si fosse mantenuto il grado al quale ha diritto.

Si ricorse ad altri motivi per giustificare l'articolo 81 (codice civile, art. 2134). Può esservi incertezza sul punto di sapere quale dei creditori si sia presentato primo all'ufficio del conservatore. Questi può ingannarsi sul fatto, o avvantaggiare scientemente il creditore che è venuto l'ultimo. Infine, si dice, dare la preferenza a quello che giunge per primo all'ufficio del conservatore è far dipendere il grado dell'ipoteca da un fatto puramente accidentale; la preferenza diverrebbe il prezzo della corsa (1). Rispondiamo che le stesse difficoltà si presentano per la trascrizione, ma esse non hanno arrestato il legislatore. Il conservatore delle ipoteche è obbligato a tenere un registro dei depositi, in cui constata i numeri d'ordine e, a misura che si effettuano, le rimesse dei titoli di cui si chiede l'iscrizione o la trascrizione (art. 124, 1). In applicazione di questa norma, l'articolo 124 decide che la preferenza fra più titoli trascritti lo stesso giorno si determina in base al numero d'ordine sotto il quale sarà stata menzionata nel detto registro la rimessa dei titoli. Si poteva e si sarebbe dovuto ammettere la stessa decisione per determinare il grado di preferenza fra due iscrizioni chieste lo stesso giorno. Che se insorgono difficoltà e contestazioni, il giudice è creato appunto per conoscerne; ma è uno strano modo di prevenirle l'attentare al diritto del creditore che si presenta pel primo.

551. L'ipoteca non inscritta non può essere opposta ai terzi. Quali sono questi terzi? Non vi è alcun dubbio riguardo ai terzi acquirenti dell'immobile ipotecato. Non solo essi possono invocare la mancanza d'iscrizione, ma l'iscrizione non può nemmeno più essere presa dopo la trascrizione dell'atto d'acquisto. Ritorneremo su quest'ultimo punto. Quanto ai creditori ipotecarii, l'articolo 81 (codice civile, art. 2134) è applicabile letteralmente. Fra i creditori ipotecarii l'ipoteca prende *grado* dal giorno dell'iscrizione. È specialmente per determinare questo grado che la legge ha richiesto la pubblicità, affinchè i terzi che stipulano

(1) MARTOU, t. III, p. 132, n. 1032. PONT, t. II, p. 177, n. 734. Confronta ARNTZ, t. II, p. 738, n. 1818.

un'ipoteca e che l'inscrivono non corran pericolo d'essere posposti ad una ipoteca anteriore, ma non iscritta. Fra creditori ipotecarii il grado si regola dunque coll'iscrizione. Devesi applicare lo stesso principio quando il conflitto nasce fra un creditore ipotecario non iscritto e i creditori chirografarii?

Nei primi anni susseguenti alla pubblicazione del codice civile si ebbero lunghe discussioni su questo punto. La Corte di cassazione si è pronunciata due volte in favore dei creditori chirografarii. Il secondo ricorso era diretto contro una sentenza della Corte di Riom, pronunciata sulle conformi conclusioni di Grenier, allora procuratore generale, e dopo vivacissimo dibattito. La sezione civile confermò la decisione, ma in seguito ad una deliberazione durata due giorni (1). Dopo d'allora la controversia è cessata. La dottrina e la giurisprudenza sono d'accordo. Vi erano però serii motivi di dubitare. L'articolo 2134, riprodotto dall'articolo 81 della legge belga, dice che fra i creditori l'ipoteca non prende *grado* che dal giorno dell'iscrizione. Che cosa intende la legge per *creditore*? Il testo del codice e l'intitolazione della sezione provano ch'essa non si preoccupa che dei creditori ipotecarii. Infatti l'articolo determina il grado fra i creditori; il che suppone un concorso ed un conflitto di creditori aventi iscrizione sullo stesso immobile. Il § 2 dell'art. 81 (codice civile, art. 2134) fa eccezione alla regola stabilita dal § 1. Ora, l'eccezione suppone un accordo fra creditori ipotecarii e quindi anche la regola non riguarda che questi creditori. L'intitolazione lo dice: *Del grado delle ipoteche fra loro.* Così la legge intende regolare il grado dei creditori ipotecarii; essa non si occupa dei creditori chirografarii, i quali non hanno grado, poichè vengono sempre per contributo.

La Corte di cassazione invoca gli art. 2092-2094 (legge ip., art. 7-9) per indurne che i creditori ipotecarii non possono far valere il loro diritto di prelazione a riguardo dei creditori chirografarii che quando hanno osservato le formalità prescritte dalla legge per rendere la loro ipoteca efficace a riguardo dei terzi. Ecco precisamente la questione e la legge non consacra certo il principio quale è formulato dalla Corte suprema. Quale è la disposizione che fa dipendere il grado dell'ipoteca dalla sua iscrizione? L'articolo 2134, e abbiamo detto che questo è affatto estraneo ai creditori chirografarii. La Corte cita l'articolo 2113. In esso si parla dei privilegi che degenerano in ipoteche. La legge dice che tali ipoteche non datano, a riguardo dei *terzi*, che dall'epoca delle iscrizioni. Quali sono questi terzi? L'art. 2113 non lo dice, ed è evidente che non sta ivi la sede della materia. Il solo scopo della legge è di stabilire che i privilegi degenerano in ipoteche quando non sono stati inscritti nel termine legale.

---

(1) GRENIER, t. I, p. 76, n. 60. MARTOU, t. III, p. 128, n. 1029. PONT, t. II, p. 171, n. 729. AUBRY e RAU, t. III, p. 285 e nota 3, n. 266. Vedi la giurisprudenza nel *Repertorio* di DALLOZ, alla voce *Priviléges*, n. 1370.

Essi perdono allora la qualità di privilegio che assicurava loro un effetto retroattivo secondo sistema del codice, e non hanno più effetto che dal giorno dell'iscrizione come ipoteche. A riguardo di chi? A riguardo dei terzi, risponde la legge, rimandando agli articoli che trattano dell'iscrizione. L'articolo 2113, semplice disposizione di rinvio per quanto riguarda l'iscrizione, non può dunque essere invocato come una disposizione di massima. Esso deve essere interpretato coll'articolo 2135, invece d'interpretare l'articolo 2135 coll'articolo 2113, come fa la Corte di cassazione.

Il solo argomento efficace che si possa invocare in favore dell'interpretazione prevalsa è quello che fornisce l'articolo 2146 combinato coll'articolo 446 del codice di commercio. Crediamo inutile insistervi. Il nostro scopo non è d'oppugnare la dottrina che la giurisprudenza ha consacrata. Se essa è dubbia dal punto di vista dei testi, è al contrario in armonia coi veri principii del regime ipotecario. La Corte di cassazione ha ragione di dire che il sistema di pubblicità, che è la base fondamentale del nostro regime ipotecario, deve giovare a tutti i terzi senza distinzione, poichè ha per oggetto d'avvertire tutti coloro che possono avervi interesse che il patrimonio di colui col quale vogliono trattare è già assorbito, in tutto o in parte, da iscrizioni ipotecarie. Secondo questo sistema, tutti gli interessi sono salvaguardati dalla pubblicità, mentre il beneficio di questa è limitato e mutilato se lo si restringe ai terzi acquirenti e ai creditori ipotecarii. Dubitiamo per altro che questo concetto della pubblicità abbia inspirato gli autori del codice civile. Secondo il sistema del codice, i creditori chirografarii erano senza garanzia contro gli atti di disposizione fatti dal debitore; essi non avevano altra garanzia che l'azione pauliana. È la legge belga che ha inaugurato la vera pubblicità, estendendola a tutti gli atti che concernono la situazione ipotecaria del debitore, e ponendo come principio che ogni *terzo* (articolo 1) può invocare la mancanza di pubblicità. Questo principio, stabilito dalla nostra legge, è la base del sistema di pubblicità ipotecario. Esso comprende virtualmente tanto la pubblicità delle ipoteche quanto la pubblicità degli altri diritti reali immobiliari. Soltanto il modo di pubblicità è diverso. Ma poco importa, dal punto di vista del principio, che la pubblicità si faccia con trascrizione o con iscrizione: gli effetti devono essere gli stessi, perchè lo scopo è identico. L'interpretazione che la Corte suprema ha dato al codice civile ha ricevuto una sanzione legislativa dell'articolo 11 della legge belga. Eppure l'interpretazione di questa disposizione è controversa. Si è tentato e si tenta ancora d'escludere i creditori chirografarii dal beneficio della pubblicità. È voler restringere la larga pubblicità della legge belga colla pubblicità imperfetta e limitata del codice civile.

La nostra Corte di cassazione ha interpretato la legge secondo il suo vero spirito, e la sua giurisprudenza, più solida che quella della Corte suprema di Francia, nella nostra questione si

poggia sopra una base incrollabile, quella dei testi e della tradizione nazionale.

552. Vi è un'altra questione sulla quale l'opinione generalmente seguìta ci lascia dei dubbi. Si domanda se colui che avesse conoscenza dell'ipoteca non iscritta potrebbe invocare la mancanza d'iscrizione. Tutti gli scrittori si pronunciano per l'affermativa, e la giurisprudenza è nello stesso senso, salvo una sentenza della Corte di cassazione di Francia, sulla portata della quale vi è controversia (1). Noi preferiamo l' opinione contraria, che la giurisprudenza ha respinto. Quale è lo scopo della pubblicità? Ce lo ha detto la Corte di cassazione. È d'avvertire i terzi dell'esistenza dei pesi ipotecarii che gravano i beni di colui col quale si propongono di trattare. I terzi possono opporre la mancanza d'iscrizione, perchè l'ipoteca non resa pubblica li ha indotti in errore e li ha danneggiati. Ora, di che si lagnerebbero essi quando, contrattando, hanno conoscenza di pesi? Diranno che non sono avvertiti, quando in realtà hanno trattato con cognizione di causa? Vi è qualche cosa di contradditorio e di poco leale nella loro opposizione.

Nel caso che si è presentato avanti la Corte suprema il creditore iscritto pretendeva di essere preferito al creditore non iscritto. Nulla di più giusto che questa pretesa se avesse stipulato la sua ipoteca nell'ignoranza, ma egli ne aveva steso l'atto come scrivano. Era dunque pienamente informato, e la sua difesa consisteva nel negare questa circostanza. Legalmente poteva sostenerlo, poichè l'ipoteca non era stata resa pubblica coll'iscrizione, ma, di fatto, conosceva l'esistenza dell'ipoteca come se fosse stato iscritto (2).

Comprendiamo che gli autori francesi sostengano l'opinione rigorosa che è prevalsa nella giurisprudenza, poichè non vi ha nessun precedente legislativo che equipari la conoscenza di fatto alla pubblicità legale. Ma nella nostra legislazione questo precedente esiste, e si trova nel testo della nostra legge ipotecaria. È l'articolo 1, che pone il principio fondamentale della pubblicità. Questo stesso articolo non permette ai terzi che conoscono gli atti non resi pubblici colla via legale d' opporre la mancanza di pubblicità. È vero che l'articolo non parla che degli atti soggetti alla trascrizione, ossia degli atti traslativi di diritti reali immobiliari, ma il principio comprende virtualmente le ipoteche, che sono pure diritti reali immobiliari. La sola differenza che la legge stabilisce fra le ipoteche e gli altri diritti reali è che le prime sono rese pubbliche coll'iscrizione, mentre gli altri sono resi pubblici colla trascrizione, ma questa differenza nel modo di pubblicità non riguarda per nulla il principio. I motivi pei quali i terzi non possono invocare la mancanza di pubblicità

---

(1) AUBRY e RAU, t. III, p. 287, nota 9, § 267. PONT, t. II, p. 169, n. 728. MARTOU, t. III, p. 128, n. 1029.
(2) Rigetto, 7 dicembre 1831 (DALLOZ, alla voce *Priviléges*, n. 1371).

quando hanno conoscenza degli atti non resi *pubblici* sono gli stessi in tutti i casi in cui la legge prescrive la pubblicità: poco importa che si tratti di atti soggetti all'iscrizione o di atti soggetti alla trascrizione. Il principio è identico, e quindi deve sempre ricevere la sua applicazione.

553. Può il debitore invocare la mancanza d'inscrizione? Su questo punto non potrebbe esservi dubbio. Anzitutto si può dire, secondo la nostra opinione (n. 552), che il debitore, avendo conoscenza dell'ipoteca che ha concessa, non può mai pretestare la sua ignoranza. Da parte sua vi sarebbe mala fede nell'invocare la mancanza di pubblicità, poichè opponendo la nullità dell'iscrizione priverebbe il creditore della garanzia ipotecaria che si è obbligato di fornirgli. Ma, secondo l'opinione generale, questo non sarebbe un motivo determinante. Ve n'ha però un altro, cioè che la pubblicità non è stabilita come una condizione per l'esistenza o per la validità dell'ipoteca (n. 546): essa ha per unico oggetto di prevenire i terzi che gli immobili del debitore sono già gravati di pesi ipotecarii. I terzi soli possono prevalersi del fatto che la pubblicità, richiesta unicamente nel loro interesse, non è stata adempiuta (1).

Ne consegue che il debitore non può chiedere la radiazione dell'iscrizione pel motivo che fosse viziosa o incompleta. Egli è senza diritto e senza interesse. Senza diritto, poichè l'iscrizione gli è stata estranea; egli non è un terzo. Senza interesse, perchè invano l'iscrizione sarebbe radiata; egli non cesserebbe di essere tenuto alla garanzia ipotecaria (2). Sarebbe lo stesso se il creditore avesse trascurato di rinnovare l'iscrizione. Il debitore non può invocare la perenzione. È quello che ha giudicato la Corte di cassazione nel caso seguente. Trattavasi della costituzione d'una rendita vitalizia con vincolo ipotecario. Il debitore della rendita vende l'immobile ipotecato senza far conoscere all'acquirente l'esistenza delle rendite vitalizie. Il creditore della rendita, che aveva trascurato di rinnovare l'iscrizione, chiese la rescissione del contratto, fondandosi sul fatto che le sicurtà promesse nel contratto erano diminuite. Vi era un motivo di dubitare. Se le sicurtà erano diminuite, ciò era accaduto pel fatto del creditore della rendita che aveva trascurato di rinnovare l'iscrizione. La Corte di Bordeaux respinse, per conseguenza, la domanda di rescissione. Sul ricorso, intervenne una sentenza di cassazione. La Corte pone il principio che l'ipoteca esiste a riguardo del debitore per sola forza del contratto. Essa non ha bisogno, per essere valida e produrre il suo effetto contro di lui, d'essere iscritta, l'iscrizione non essendo richiesta che per fissare il grado fra i creditori. La Corte ne trae la conseguenza che il debitore non può obbiettare al creditore, il quale esercita il suo diritto ipotecario contro lui solo, che non ha preso

---

(1) Pont, t. II, p. 172, n. 730. Martou, t. III, p. 129, n. 1030. Aubry e Rau, t. III, p. 286, nota 4, § 267.

(2) Aubry e Rau, t. III, p. 286, nota 5, e le autorità che citano.

iscrizione, o che quella che ha presa è perenta. Ora, nella specie, la questione esisteva fra il debitore ed il creditore. La sentenza impugnata aveva dunque violato la legge, accogliendo la difesa d'un debitore, fondata sulla mancanza d'iscrizione o di rinnovazione. Il creditore era, invero, negligente, ma il debitore non aveva diritto di rimproverargli questa negligenza (1).

554. Come si vede, l'ipoteca, quantunque non iscritta, produce effetti fra il creditore ed il debitore. In applicazione dello stesso principio, bisogna decidere che il creditore ipotecario può esercitare il suo diritto contro gli eredi del debitore, indipendentemente da qualsivoglia iscrizione. Ecco l' interesse della questione. Tre eredi si trovano tenuti ad un debito ipotecario di 12,000 franchi. Ciascuno non è debitore personale che della sua parte, che supponiamo essere d'un terzo. Il creditore procede contro uno degli eredi detentore dell' immobile ipotecato. Può questi opporre al creditore la mancanza d'iscrizione dell'ipoteca? È certo che non lo può per la sua parte ereditaria, poichè riguardo a questa egli continua la persona del debitore. Ma potrà farlo pei due terzi del debito di cui non è debitore personale? S'insegna l'affermativa (2), ma è dubbia. Trattasi di sapere se l'erede esecutato per la totalità del debito può opporre al creditore la divisione che si è operata fra i successibili. È egli debitore personale di tutto il debito come successore del debitore? Esamineremo la questione di principio, trattando del diritto di evizione. A nostro avviso, l'erede che paga la sua quota nel debito cessa di essere debitore personale, e diviene terzo detentore. Ora, come terzo detentore, può opporre la mancanza d' iscrizione.

555. Devesi applicare il principio al cessionario del debitore? La Corte di cassazione lo ha fatto nel caso seguente. Il debitore vende l'immobile ipotecato ad un fratello e si fa concedere ipoteca anteriormente all' iscrizione della prima ipoteca da lui costituita; poi cede la sua ipoteca. S'apre una graduatoria. Il cessionario dell' ipoteca inscritta in primo luogo domanda di essere collocato prima del creditore iscritto dopo di lui, ma per un'ipoteca anteriore. La sua pretesa è stata respinta dalla Corte d'Agen e dalla Corte di cassazione. Se il cedente si fosse presentato alla graduatoria, non avrebbe potuto opporre la mancanza d'iscrizione dell'ipoteca da lui consentita, e per conseguenza sarebbe stato posposto al creditore al quale aveva concesso l'ipoteca, quantunque questi fosse iscritto dopo di lui. La questione stava nel sapere se il suo cessionario era soggetto alla stessa obbligazione. Ci pare che basta porre la questione per risolverla in senso contrario a quello ammesso dalla Corte suprema. Se il debitore non può opporre la mancanza d' iscrizione, e poichè egli è personalmente obbligato a fornire la garanzia ipotecaria, non può,

(1) Cassazione, 16 aprile 1939 (DALLOZ, alla voce *Privilèges*, n. 1474).
(2) AUBRY e RAU, t. III, p. 286, nota 8, § 267.

contro la propria obbligazione, impugnare il diritto del suo creditore. Ma questa obbligazione gli è personale; non passa ad un cessionario che è un avente causa a titolo particolare e per conseguenza un terzo. La Corte di cassazione invoca un altro principio, cioè che il debitore non può cedere maggiori diritti di quelli ch'abbia egli stesso. Ciò è verissimo quando si tratta d'un diritto reale, ma non è vero per i diritti d' obbligazione. Ora, nella specie, si tratta d'una obbligazione. Quanto all'ipoteca che il debitore aveva ceduta, essa era perfettamente valida, sebbene non iscritta, poichè l' iscrizione non è richiesta per la validità dell' ipoteca. Inscrivendola, il cessionario acquistava il primo grado e doveva ottenerlo anche coll'iscrizione che aveva preso il cedente. Il solo debitore non poteva prevalersene contro il suo creditore. Ora, il cessionario non è il rappresentante del cedente (1).

(1) Rigetto, 24 luglio 1855 (DALLOZ, 1855, 1, 396). Confronta la critica di MARTOU. t. III, p. 139, n. 1030.